

Las alianzas público privadas como una alternativa para el desarrollo sostenible de las regiones

Liliana Escobar Orrego

Trabajo de grado presentado para optar al título de magíster en Derecho

Asesor temático: Cristian Andrés Díaz Diez

**Universidad Eafit
Escuela de Derecho
Maestría en Derecho
Noviembre 2017**

Resumen

Las alianzas públicas privadas se fundan en la relación contractual existente entre el Estado y los particulares y aunque no distante a la contratación Estatal común si genera una nueva institución jurídica con características y procesos un tanto distante a esta. Aquellas buscan generar fondos de inversión privada que respondan por la transferencia de responsabilidades, así como por la transferencia del riesgo, siendo esta una de las características esenciales y diferenciadoras del contrato de alianza público privada, puesto que esta modalidad contractual induce a que el inversionista privado asuma los riesgos derivados del diseño, de la construcción y las posibles demoras derivadas de la ejecución o complejidad al llevar a cabo las obras o la prestación del servicio pactado. Para cumplir con esta característica esencial, es necesario que la parte privada desarrolle una estructura financiera sólida para el proyecto, que asegure la estabilidad del contrato a largo plazo.

Dentro de la figura de las APP, es fundamental analizar, previo al inicio del proyecto y de manera razonable y eficiente, la relación entre el riesgo y la rentabilidad. Este análisis previo, a su vez, implica desarrollar, por parte de los gobiernos, adecuados mecanismos de mitigación de los riesgos, mayor transparencia y mejor diseño de las transacciones, porque con estas medidas previas se evitan renegociaciones entre las partes en la ejecución de los proyectos. También es importante tener en cuenta que no solo la adecuación de infraestructura para la región puede dejarse en manos de la inversión privada, sino que es deber de cada Estado fijar objetivos de inversión y realizar, con recursos propios, las que no generen mayores costos, tanto desde el punto de vista financiero, como político

La forma en la que se constituyen las alianzas público privadas, el intercambio de la información, así como los consensos a los que se llegan con las diferentes comunidades, son los que garantizan el éxito de la alianza. La interacción con el sector privado, para los casos que se indicaron, es muy amplia, y sus representantes juegan un papel primordial en la elaboración de los proyectos.

Palabras clave: Alianzas público privadas, Desarrollo sostenible, Infraestructura, Servicios.

Abstract

Private public alliances are based on a contractual relationship that is distant from the Common State contracting, this one corresponds to generating private investment funds that are responsible for the transfer of responsibilities, as well as for the transfer of risk, which is one of the essential characteristics and differentiating from the public private alliance contract, since this contractual modality induces the private investor to assume the risks derived from the design, construction and possible delays arising from the execution or complexity to carry out the works or the rendering of the service agreed. To meet this essential characteristic, the private sector needs to develop a sound financial structure for the project, which ensures the long-term stability of the contract.

Within the PPPs, it is essential to analyze the relationship between risk and profitability, prior to the start of the project, in a reasonable and efficient manner. This prior analysis, in turn, involves developing, by governments, adequate risk mitigation mechanisms, greater transparency and better design of transactions, because with these previous measures, renegotiations between the parties in the execution of the projects. It is also important to take into account that not only infrastructure adequacy for the region can be left in the hands of private investment, it is the duty of each State to set investment objectives and to realize, with its own resources, those that do not generate higher costs, the financial point of view, as political

The way in which public-private alliances are formed, the exchange of information, as well as the consensus reached with the different communities, are what guarantee the success of the alliance, the interaction with the private sector for the cases that are indicated is very broad and their representatives play a primary role in the development of projects.

Keywords: Public Private Partnerships, Sustainable Development, Infrastructure, Services.

Tabla de contenido

Introducción.....	5
1. Análisis sobre el origen de las alianzas público privadas en un contexto de desarrollo.	9
1.1 Transformación de los contextos jurídicos debido a la globalización.....	9
1.2 Las trasformaciones jurídicas derivadas de la huida del Derecho Administrativo.....	12
2. La contratación estatal en Colombia	16
2.1 Tendencia de la contratación estatal en Colombia.....	16
2.2 Motivaciones que impulsan a cambiar la contratación en Colombia.	19
3. Antecedentes, concepto y alcance de las alianzas público privadas.	23
3.1 La institución de las alianzas público privadas.....	23
3.2 Las alianzas público privadas en un contexto de desarrollo sostenible.....	29
3.3 Las alianzas público privadas como impulsadoras del desarrollo regional	35
Tabla No 1	39
Caracterización de las legislaciones de algunos países en torno a las APP	39
4. Las alianzas público privadas en Colombia	44
4.1 Antecedentes y fundamentos normativos de las APP en Colombia	44
Tabla 2.....	50
Diferencias entre las concesiones y las alianzas público privadas.....	50
4.2 Actualidad y desarrollo de las APP en Colombia.....	54
5. Análisis de los retos y riesgos de las alianzas público privadas como instrumentos de gestión Estatal.....	60
5.1 La eficiencia de los particulares en el desarrollo de alianzas público privadas.	60
5.2 Los riesgos en torno a las alianzas público privadas	62
Conclusiones	64
Bibliografía.....	66

Introducción

Este trabajo de grado tiene como objetivo el análisis de las razones por las cuales surge con tanta fuerza en Colombia, en los últimos años, la figura de las alianzas público-privadas y qué tanto le aportan estas alianzas al desarrollo nacional.

La reflexión académica que se lleva a cabo pretende acercar a estudiantes, entendidos y público interesado en el tema, a los fenómenos sociales y económicos que se desprenden de la globalización de la economía y que afectan positiva o negativamente el presente y el futuro de los países que están trasegando por el camino del desarrollo y tratan de acertar con sus propuestas sociales.

El trabajo hace énfasis en la forma como este fenómeno social de la globalización impulsa modificaciones significativas en las normas legales de los países para sumarse al cambio e incide en el interés, cada vez más marcado, de la dirigencia política de los países que buscan emular a los estados que van a la vanguardia. Este interés tiene que ver mucho con una de las manifestaciones de la globalización: la globalización de las comunicaciones, que nos trae a cada instante mensajes esperanzadores de progreso social, ético, político y moral. Es indudable que este fenómeno está abriendo una brecha grande y positiva en el pensamiento de nuestra juventud, que la vuelve proclive al cambio, a meterse de lleno en la cultura de la razón positiva, del sentido común social.

Es de anotar que las normas legales son herramientas cuya aplicación y buen uso depende, en gran medida, de la cultura política, ética y moral que impera en el país que las aplica. Sin embargo, hay que insistir que, como dijo el papa Francisco en su visita a Colombia (septiembre 2017) necesitamos un laicado (...) “...dispuesto a contribuir en los procesos de un auténtico desarrollo humano, en la consolidación de la democracia política y social, en la superación estructural de la pobreza endémica, en la construcción de una prosperidad inclusiva fundada en reformas duraderas y capaces de preservar el bien social, en la superación de la desigualdad y en la custodia de la estabilidad, en la delineación de modelos de desarrollo que respeten la naturaleza y el verdadero futuro del hombre, que no se resuelve con el consumismo desmesurado, así como también en el rechazo de la violencia y la defensa de la paz”. ¡Hay esperanza!

Al enfrentar este trabajo como lectores o como investigadores, debemos entender que vivimos en un Estado de Derecho, con separación de poderes y que esta condición obliga a que las normas legales las expida el congreso (poder legislativo) por iniciativa propia, o del poder ejecutivo, por presión popular o en cumplimiento del mandato constitucional contenido en el artículo 113 de la Constitución y aplicadas por el poder judicial con fiel autonomía y recta convicción, son el resultado de la colaboración armónica existente entre estas. En otras palabras, hay que entender siempre, que las normas legales son normas de carácter social y, por lo tanto, deben aplicarse regidos por la ética, la moral y la buena fe.

Luego de haber abordado las trasformaciones humanas y jurídicas que surgen de la globalización y de entender que en razón de estas deben implementarse nuevas figuras jurídicas que, basadas en los trasplantes jurídicos, se encuentra que la colaboración que surge se da debido a la necesidad latente de que los Estados cumplan sus fines bajo la colaboración de particulares, pues algunos países tienen limitaciones importantes en el desarrollo y desafíos significativos en la generación de nueva infraestructura debido a la baja calidad de ésta o a la inexistencia de la misma, de acuerdo con las necesidades de la población,

Las asociaciones público-privadas (APP) pueden ayudar a mejorar la calidad de la infraestructura, mediante la concesión de derechos de control al sector privado, contratación del diseño, construcción, operación y mantenimiento de la instalación, y transfiriendo el riesgo de los costos y los excedentes de tiempo, al socio privado.

Por su parte en el ámbito nacional bajo la entrada en vigencia de la Ley 1508 de 2012 introduce dos modelos de Asociaciones Público Privadas (APP); la primera de ellas relativa a proyectos de iniciativa pública con recursos públicos, y, la segunda, aquellos que sean estructurados a partir de una iniciativa privada en donde la entidad resulta ser un socio que puede realizar aportes para facilitar la realización de proyectos y el particular es quien hace la inversión, a cambio del derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio; esto diseñado con la finalidad de crear las condiciones adecuadas para el desarrollo de proyectos que vinculen capital privado y que generen incentivos que garanticen el progreso especialmente en infraestructura (Proyecto de Ley 160 de 2011, Senado de la Republica, 2011).

Con el fortalecimiento y apropiación de esta figura dentro del ordenamiento jurídico colombiano se busca incentivar la inversión; lo que genera, a su vez, un impulso en el desarrollo local de las regiones. No obstante, es fundamental, con el fin de tener claridad sobre los planteamientos a resolver, remitirse al fundamento de creación de esta institución jurídica, encontrando que su introducción a nuestro ordenamiento jurídico surge por la necesidad de encontrar financiación para proyectos de infraestructura, que requieren de una gran inversión de capital. El antecedente de la figura fue el contrato de concesión donde de acuerdo con esta se asegura la participación de un privado en la inversión de determinado proyecto de infraestructura o de prestación de servicios, la cual adaptándose a las necesidades fiscales y presupuestales de las regiones sufrió una modificación en su contenido inicial creándose una nueva institución jurídica emergente del derecho anglosajón y a mediados de los 80 surge la figura de vinculación de capital privado conocida como PRIVATE FINANCE INICIATIVE (PFI).

El contenido de la Ley 1508 de 2012 y el Decreto reglamentario 1467 de 2012, corresponden a la idea global de las APP, como instrumentos de colaboración y como esquema institucional que permita que converjan capital público y privado, conformando sociedades encargadas de la ejecución de proyectos de interés público que define una forma de financiación de la infraestructura y sus servicios asociados, en la cual el privado es quien construye la obra y su retribución estará condicionada al cumplimiento de ciertas condiciones. En el desarrollo de este precepto es importante abordar temas tales como la diferencia existente entre las APP y los contratos de concesión, puesto que a simple vista pueden verse como similares ya que en ambos casos el particular se convierte en una parte importante dentro de la configuración financiera del proceso contractual, importante para promover el desarrollo de la infraestructura y de servicios asociados.

Debe tenerse en cuenta, además, que la necesidad de reglamentar las alianzas público-privadas en Colombia surge como resultado de la integración mundial que busca eliminar el modelo tradicional de la contratación en la que el Estado asume riesgos tales como el aumento en los costos de transacción, el retraso en la conclusión de sus obras y el déficit de mantenimiento; lo que genera una ventaja dentro del marco contractual, puesto que permite que la Administración comparta riesgos con el particular; si bien no los traslada totalmente, estos se reasumen de manera

compartida, a diferencia del esquema habitual de contratación (Santos, 2006). Por ello, es importante abordar el estudio desde una óptica comparativa y de análisis teórico, examinando conjuntamente el resultado del desarrollo que se da, al entender las APP como estrategias del gobierno nacional en lograr una transformación del Estado bienestar, consiguiendo que la eficiencia, eficacia y celeridad que se promulga de los particulares, se complemente con la transparencia, moralidad y publicidad que se pretende del Estado, y poder detectar los retos y riesgos que esta figura genera, al encomendar actividades propias del Estado a particulares.

Para el desarrollo del presente trabajo se tiene como objetivo principal analizar las alianzas público privadas desde el contexto de desarrollo mundial. Para lograr dicho cometido, se describirá el origen de las asociaciones público privada en un contexto de desarrollo, comparando este instrumento jurídico entre países con diferente nivel de desarrollo e identificando el conjunto de retos dentro de la gestión estatal que representa este instrumento jurídico, siendo importante además conceptualizar el tema desde el ámbito nacional, por lo que se hará un recuento sobre los antecedentes y la actualidad normativa de las alianzas público-privadas en Colombia.

Así pues, el presente trabajo no es una investigación cuantitativa, enfocada en responder el interrogante de cómo ha favorecido a la economía esta figura, sino en cuáles son las razones por las que se presenta la necesidad del trasplante jurídico de las APP con tanta fuerza, pero desde un enfoque de investigación cualitativa. Se procede, entonces, a realizar un análisis de contexto de las alianzas público privadas, para comprender de qué manera aportan al desarrollo, teniendo en cuenta factores tales como la globalización, la apertura económica, la libertad de empresa y la necesidad inminente de la modificación de las normas en materia de contratación.

1. Análisis sobre el origen de las alianzas público-privadas en un contexto de desarrollo.

1.1 Transformación de los contextos jurídicos, debido a la globalización

El desarrollo del Estado posmoderno y la expansión de las fronteras que ha traído consigo y, a su vez, de los mercados, han generado transformaciones que llevan al surgimiento de un proceso unificador e integrador, basado en la interacción entre distintos actores políticos, económicos, sociales y culturales. Este fenómeno se ha denominado “globalización”, palabra que ha enmarcado la evidente pérdida de límites fronterizos y el cambio en las características propias del territorio, conocidas hasta el siglo XIX. Las evoluciones que han surgido como consecuencia de este traspaso fronterizo en las distintas dimensiones del ser, han generado la percepción de que las necesidades individuales y sociales van más allá de las habituales, según la propia cultura regional.

Estos cambios, implican que los gobiernos y ciudadanos deban comportarse y adaptarse a las realidades económicas, sociales y políticas del mundo, bajo un denominado sistema global que progresivamente se ha ido configurando a través de las “relaciones internacionales” (Durán, 2006).

Sin duda, este hecho social trae consigo la constitución de nuevos comportamientos colectivos que generaron, en su momento, el surgimiento de alianzas globales de comercialización y nuevos sistemas de producción, lo que desencadenó modificaciones en los ámbitos jurídicos externos.

Esta situación interestatal genera una reformulación de las relaciones entre la política y la economía, lo que conlleva a que, en el marco del desarrollo del Estado moderno y en medio de los cambios sociales y económicos basados en el capitalismo, surjan conceptos de producción, distribución y consumo que reafirman las relaciones sociales. Estas transformaciones traen consigo un impacto directo sobre el Estado y el derecho y el resultado es una reconfiguración de la soberanía y las funciones que el Estado ejerció tradicionalmente. Esta reconfiguración se manifiesta en la creación de normas que, según Gunther Teubner (Teubner, 2004), surgen impulsadas por los mercados globales emergentes y en problemas intrínsecos en el Derecho interno de los Estados, debido al fenómeno causado por la transferencia de poder y al debilitamiento de las políticas

nacionales, situación en la cual los conceptos comunes de soberanía y ciudadanía pasan a ser objeto de una transformación jurídica de orden mundial. Como respuesta, se hace necesario que el Estado adapte el derecho interno, mediante una regulación sustentada y restrictiva, capaz de garantizar la estabilidad en los procesos de integración mundial.

Estas modificaciones, indudablemente, generan un impacto sobre la soberanía, lo que algunos autores han denominado la erosión del poder de los estados, y se materializa como la pérdida del monopolio del Estado, sea en su legislación o en su jurisdicción. Esta novedosa situación es necesario explicarla: en lo que tiene que ver con la legislación, se explica con el surgimiento del Derecho internacional, debido a que al iniciar con las convenciones entre dos o más estados se consolidó una nueva fuente del derecho, que modificó el orden clásico piramidal y le agregó nuevas fuentes producidas por órganos internacionales, públicos o privados y otras reglas derivadas de los usos comerciales. La pérdida del monopolio del Estado en su jurisdicción inicialmente concebida, se desprende de la creación de organizaciones supranacionales que, generalmente son de origen privado, que surgen a razón de ese mismo derecho internacional y de los acuerdos de contenido particular entre los Estados, que impulsan a otros a la adopción de regulaciones internas sobre las cuales puede discutirse abiertamente su validez y su eficacia.

De acuerdo con esto y basado en un constitucionalismo global, se transforman los contenidos jurídicos habituales que regulaban las relaciones internacionales, modificando concretamente las relaciones jurídicas Estado-asociados, de acuerdo con las necesidades imperantes de las relaciones exteriores entre Estados.

Estas transformaciones, sin lugar a duda, generan una transformación completa del poder político, al modificar la concepción de soberanía interna, en lo que se refiere a la capacidad de gestión y a las relaciones de poder. Esta soberanía se desmorona o diluye, al tener que acatar directrices externas tendientes al cumplimiento de los nuevos fines estatales, basados ya en nuevos diseños institucionales y en la modificación de la gestión pública. La transformación no es simple. Es tan compleja, que también toca las capacidades gubernamentales y el tipo de decisiones de los mandatarios, pues ya las decisiones, antes soberanas, deben ir enfocadas a generar mayor impulso a la globalización (Vilas, 2000). Como resultado, se tiene la proliferación y creación de normas de

origen privado global y supranacional, fundadas por fuera del sistema interestatal y nacional, lo que ha generado cambios en el marco institucional y jurídico de las naciones, incidiendo directamente en las estructuras legislativas, institucionales y constitucionales de los Estados. Este fenómeno se desarrolla espontáneamente, sin que sea incitado única y exclusivamente por los intereses económicos globales y logra que los conceptos tradicionales de Estado-nación y los principios que guían su actuar, hayan sido puestos en duda por el conjunto de procesos económicos, políticos, culturales y sociales, que llamamos globalización.

Dentro de esta transformación del Estado tradicional, surgen actores internacionales, precursores de la creación del fenómeno de desarrollo de los estados contemporáneos, de las políticas colectivas entre los estados causantes de desarrollo regional. Bajo este orden jurídico, han impulsado el surgimiento de organizaciones, tales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el Banco Mundial, y algunas de orden regional tal como la comisión económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), a través de la cual surgen acuerdos interestatales, tales como el “Consenso de Washington”, el cual puede definirse como:

El conjunto de medidas de política económica de corte neoliberal aplicadas a partir de los años ochenta para, por un lado, hacer frente a la reducción de la tasa de beneficio en los países del Norte tras la crisis económica de los setenta, y por otro, como salida impuesta por el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM) a los países del Sur, ante el estallido de la crisis de la deuda externa. Todo ello por medio de la condicionalidad macroeconómica vinculada a la financiación concedida por estos organismos (Observatorio de Multinacionales en América Latina, 2017).

Con este primer consenso, nace otro tipo de intervenciones supranacionales, tendientes a enfrentar los problemas económicos, ambientales, tecnológicos o de seguridad, enfocados en la orientación de las políticas venideras que permiten el desarrollo o el mejoramiento de las condiciones de los servicios públicos cuyo prestador es el Estado.

Los cambios sociales surgidos de la globalización rebasan los modelos de desarrollo impuestos, de manera individual, por los gobiernos y generan la necesidad de asumir cambios y transformaciones

jurídicas que permitan a los nuevos actores incursionar en la prestación de servicios propios del Estado. Para ello, cada Estado, en pro de mantener cierta autonomía y soberanía dentro del contexto de la política mundial, estará en la obligación de crear normas que satisfagan, no solo las instituciones estatales e interestatales, sino también los regímenes globales privados. De acuerdo con esta premisa, surgen instituciones jurídicas que se basan en concepciones de un Estado posmoderno que buscan alcanzar la real eficiencia en el sector público, apoyándose en el conocimiento y experiencia que usualmente caracteriza al sector privado, convirtiendo la colaboración entre ambos, en un mandato de optimización (Cifuentes & Ibagòn, 2016).

1.2 Las trasformaciones jurídicas derivadas de la huida del Derecho Administrativo

Las relaciones jurídicas con el Estado se configuran, entre otras, a través de la administración pública, la cual requiere del derecho administrativo para ser estructurada, a través de la creación y aplicación de normas que regulen la función administrativa y con ello se pretende vigilar y coordinar las actuaciones administrativas en cumplimiento de los fines propios del Estado. El Estado colombiano no es ajeno a la necesidad de regulación y ello se reconoce en el capítulo 5 de la Constitución política colombiana, donde desarrolla la función administrativa y los principios que a ella otorga (Constitución Política de Colombia, 1991).

La correlación que existe entre la administración pública y el derecho administrativo colombiano puede fundarse en que nuestro sistema, en gran medida, adoptó para esta rama del derecho instituciones jurídicas ideológicamente basadas en el expansionismo cultural francés, tales como: la primacía de la ley sobre la Constitución, la sujeción de los derechos al texto legal, el centralismo político, la idea de la codificación y, por supuesto, la importación del Consejo de Estado (Pinzón & Bohórquez, 2008) y se concibió el derecho administrativo como un derecho de poder, en el que existe un conjunto de prerrogativas en favor de la administración. Todo esto se da como consecuencia del Estado de Derecho y la compatibilidad con el principio de auto-tutela administrativa, que permite que, a diferencia de los particulares, esta pueda declarar actos con carácter vinculante.

Así las cosas, el régimen administrativo colombiano, cuyo fundamento principal se encuentran en la Constitución de 1991 se configura a partir de normas de carácter general, tales como la Ley 489 de 1998, la ley 1474 de 2011 o la ley 1437 de 2011, que basan sus regulaciones en el ser que conforma el Estado y colocan a la administración pública en una posición garantista de los derechos de los asociados.

A través de instituciones jurídicas estructuradas, surgen modificaciones a la concepción inicial de supremacía, autonomía y exorbitancias ejercidas entre el Estado y sus asociados, alguna de estas generadas por la globalización, lo que lleva a replantear las figuras tradicionales del derecho, en especial en lo que se refiere a la administración pública. En este sentido, lo plantea Auby, Jean-Bernard, al indicar:

“La globalización incide sobre el Derecho, en tanto éste deja de gravitar en torno al ordenamiento jurídico ubicado en un Estado concreto, para pasar a pivotar en el ordenamiento jurídico global, lo que la doctrina francesa ha llamado mundialización”.
(Jean-Bernard, 2001).

Este planteamiento fundamenta el reto que para la administración pública surge con la globalización que ha permeado al Estado y genera dos tipos de consecuencias: en primer término, encontramos que la globalización obliga a pensar más allá de las fronteras y por ello, crea una administración global, regida por lineamientos jurídicos supranacionales y define la administración, no desde su poder o sus prerrogativas, sino desde el propio ciudadano y sus libertades. Una segunda consecuencia, sería la carga condicionada que impone la globalización sobre las administraciones internas, sugiriendo un actuar por parte de ésta, con libre tránsito de bienes y servicios, y que garanticen, a su vez, la inversión extranjera en los diferentes países, facilitando el desarrollo social y económico, sin dejar a un lado los principios básicos de la función administrativa y la exigencia de actuar siempre con sujeción a la Ley (Hernandez, 2012).

Las administraciones internas, con el fin de alcanzar niveles de desarrollo requeridos, comienzan a adoptar ciertas instituciones jurídicas provenientes de otros ordenamientos jurídicos, Estados que, en su mayoría, han logrado importantes avances en temas de desarrollo. Sin embargo, para

conseguir un resultado positivo ante este reto de la globalización, encuentran la necesidad de adaptar transformaciones jurídicas en torno a la administración pública y servicios que presta el Estado, tendiente a revestirse de agilidad y equilibrio en la relación entre el Estado y los particulares. Con ello, se sustituyen conceptos clásicos del Derecho Administrativo, por contenidos propios del Derecho privado. A esa evolución se le ha denominado “Huida del Derecho”, cuyo alcance puede definirse como:

El de aplicar como régimen propio de la organización y actividad de la Administración el derecho civil y mercantil, partiendo de considerar que ese cambio de régimen permitirá que la Administración alcance la eficacia y la eficiencia que con el estatuto de prerrogativas propio de la teoría del servicio público, no se logró alcanzar (Medina, 2007).

Así pues, la Constitución brinda esa posibilidad legítima de dotar instituciones del Estado de cierta agilidad, flexibilidad y eficacia con la finalidad de superar las incapacidades que puede tener el Estado para suplir las necesidades generales. Al seguir esta directriz, las entidades públicas se adaptan al régimen jurídico de los particulares que, en un momento determinado, contarían con la capacidad de prestar exactamente los mismos servicios bajo un nuevo escenario jurídico-administrativo, en el que entidades Estatales, de manera lógica y conveniente, se someten al derecho privado.

Acogiendo esta “Huida del Derecho Administrativo”, se generan dos transformaciones concretas: una basada en la práctica societaria, propia del derecho privado, con la conformación de sociedades, sea con capital de economía mixta o público, cuya competencia se enmarca en el sector privado y eso se respalda en la descentralización administrativa en pro del cumplimiento de los fines del Estado. La segunda transformación reside en el aprovechamiento del derecho privado dentro de las formas institucionales del derecho público, y da como resultante la adopción de regímenes jurídicos especiales que pretenden adoptar la eficiencia que le ha sido atribuida al derecho privado y restada de forma histórica al público; esto conlleva a la creación de controles en el empleo de recursos públicos como respuesta a la preocupación mundial por la corrupción. Así las cosas, la “huida del derecho” se replantean buscando el equilibrio necesario entre las limitaciones y las prerrogativas de la Administración (Medina, 2007).

Para el caso colombiano, la Constitución Política dibuja e insinúa un régimen heterogéneo de probabilidades, que otorga al legislador la posibilidad de configurar el régimen contractual del Estado, pero con clara prevalencia del derecho público sobre el privado. Esto significa que la regla general que vive la Constitución, en materia de contratación estatal, respalda la necesidad de que haya un régimen jurídico propio o especial para los negocios jurídicos del Estado, por tanto, diferente del privado. No obstante, existe la posibilidad de que el legislador aplique a algunas entidades estatales el derecho privado (Sentencia 2000-00341, 2014), es así como la “Huida del Derecho” administrativo, figura que surge bajo el nuevo modelo adoptado por la Constitución de 1991, de modo que el monopolio Estatal se deja a un lado y surge la noción de libre competencia en los servicios públicos pueden ser prestados por particulares, quienes bajo la supervisión del Estado actúan como intermediarios (Suarez, 2010)

Debido a los ya mencionados cambios jurídicos que le son atribuibles, enmarca un punto de partida definitivo en el tema de estudio por la decisión de la administración pública de adoptar actuaciones del derecho privado o de acoger figuras público-privadas, correspondientes a mantener la seguridad jurídica bajo un nuevo esquema de gobernanza.

2. La contratación estatal en Colombia bajo las necesidades de desarrollo mundial

2.1 Tendencia de la contratación estatal en Colombia

Al hablar de la de la contratación en Colombia, es importante abordar el tema desde la teoría jurídica, para luego adentrarse en la regulación y actualidad de la misma. Desde un punto de vista finalista, se dice que la contratación estatal busca la satisfacción del interés público, generalidad que les impone a los particulares que contratan con el Estado la obligación de aportar a la consecución de los fines que el Estado persigue, al margen de principios jurídicos que, si bien justifican la actuación administrativa, imponen límite al actuar de las partes contratantes. De esta necesidad de fijar límites, surge dentro del ordenamiento jurídico la institución de la contratación Estatal.

Es menester hacer un recuento de lo que ha sido la contratación estatal en Colombia. Para ello, se debe iniciar por evidenciar los rasgos decisivos de la historia en lo que respecta a este tema. Conforme a ello, hay que abordar y ahondar los inicios de la contratación, regulación que surgió formalmente de la Constitución de 1886. En ella, se presenta por primera vez un régimen de libertad en la contratación, asimilable a los contratos celebrados con los particulares, y sobresalen, los contratos de concesión y de compra de suministro para la administración pública como los primeros tipos de relaciones contractuales, legalmente concebidas entre los particulares y el Estado. Posteriormente, surgen leyes que revisten al Estado de poderes de intervención en los contratos de obras y de concesión, introduciendo al ordenamiento jurídico cláusulas exorbitantes a favor de la administración para realizar la declaración de incumplimiento, la terminación unilateral y realizar cobros y compensaciones; tema este distante del derecho privado en el que prima la autonomía de la voluntad. Surge así, el primer estatuto contractual que regula los elementos del contrato, su clasificación y formas, así como la creación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Se reconocen, a su vez, los poderes exorbitantes para todos los contratos estatales (Decreto No 150 DE 1976). Posterior a este primer estatuto, surgen en nuestro ordenamiento jurídico, normas regulatorias del tema contractual que año, tras año le dieron forma al desarrollo de esta institución; la cual, con la expedición de la Constitución de 1991 y la relevancia que le otorgó a los principios de moralidad, eficiencia y responsabilidad, trajo consigo el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, cuya motivación principal se asentó en el objetivo de obtener una eficiente

gestión de los recursos públicos, a partir de los principios consagrados en la Constitución y la satisfacción del interés público o de las necesidades colectivas a través de las relaciones Estado-particulares (Exposición de Motivos Ley 80 de 1993).

Esta Ley generó un punto de partida en la dinámica contractual del país, porque consignó normas y principios generales para todas las entidades estatales, tales como transparencia, economía, responsabilidad, equilibrio económico, publicidad y selección objetiva. Se facilitó, igualmente, la gestión de la administración pública dotándola de agilidad y eficiencia. Se definió puntualmente el tema de la contratación Estatal y las clases de contratos que pueden surgir en virtud de esta relación y para ello, indicó, en su artículo 32, lo siguiente:

Artículo 32. *De los Contratos Estatales.* Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación... (Ley 80 de 1993).

En esta definición y clasificación se presentan como contratos estatales los contratos de obra pública, de consultoría, prestación de servicios de concesión, encargo fiduciario y suministro. Esta ley, desde el momento de su motivación reglamentaria, tuvo un enfoque meramente procedimental al disponer reglas y principios para la contratación de entidades estatales y fue estricta en las inhabilidades que pueden llegar a recaer sobre las partes y en los controles y responsabilidades de estos. Otros temas inherentes, y de suma importancia para la contratación, se supeditaron a la expedición de otras leyes o a la reglamentación de esta. Como ocurre, al definir en su despliegue normativo, las “entidades estatales”, salen del ámbito de aplicación normativo las entidades que surgen a razón de la descentralización administrativa y es, a razón de ello, que al surgir una ley encaminada a la regulación del ejercicio de la función administrativa, se incluyen en su texto normativo reglas de contratación para las entidades excepcionadas desde su naturaleza por la Ley 80, tal como lo indica el artículo 93 de la mencionada ley, al establecer:

“Artículo 93°.- Régimen de los actos y contratos. Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica, se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales”. (Ley 489 de 1998)

Posterior a ello, y dentro de las leyes de la contratación, surge la Ley 1150 de 2007, donde se desarrolla el sistema electrónico para la contratación pública, SECOP, buscando unificar la información de la contratación, publicando las actuaciones precontractuales y contractuales. Se somete así, aún más, la contratación estatal a las reglas y principios de la función administrativa y se dota a esta institución de instrumentos de gestión tendientes a garantizar relaciones seguras entre el gobierno y los ciudadanos y existan mayores posibilidades de vender los servicios al Estado. Se amplía, así, la competencia entre proveedores y el ahorro de recursos para el Gobierno, lo mismo que un aumento en los índices de transparencia, eficiencia y eficacia.

Acudiendo al principio de moralidad administrativa, como principio rector de esta rama del derecho, surge la ley 1474 de 2011, como respuesta a una serie de casos desafortunados que llevaron al legislador a tomar medidas administrativas en pro de la lucha contra la corrupción. Esta ley estableció una serie de inhabilidades para contratar con el Estado y mayores controles en las instituciones.

Las normas precitadas hacen parte del marco legal de la contratación en Colombia y están acompañadas por normas un tanto más específicas, que nacen por las transformaciones jurídicas ya expuestas. Teniendo en cuenta esto y las expectativas de crecimiento regional que surgen como resultado de estos cambios, se logra que los gobiernos de la región consideren la adopción de un régimen estratégico de las compras públicas, con una tendencia a impulsar políticas sociales como la inclusión de empresas pequeñas, en la contratación del Estado, además de incluir la automatización y publicidad de los procesos de contratación, con lo que se logra mayor agilidad y transparencia contractual (Harper, 2017).

2.2 Motivaciones que impulsan a cambiar la contratación en Colombia.

Las transformaciones jurídicas que surgen por la globalización, no son ajenas a la contratación pública de los estados, puesto que la contratación tiene un peso importante en su producto interno bruto. Este factor impulsa a los países a la atracción de la inversión privada hacia proyectos públicos y esta dinámica de apertura de las economías a los inversionistas y contratistas extranjeros, promueve reglas jurídicas comunes para los Estados que influyen en los modelos contractuales de las naciones.

Nuestro país no es ajeno a esta realidad y, por ende, estas reglas influyen en la responsabilidad de rediseñar la estructura normativa. Es así como está cambiado, en el mundo y en Colombia, el tradicional sector de la contratación estatal, que pasa de ser un sistema basado en un procedimiento legal y administrativo y se convierte en un tema fundamental de la gerencia pública por el interés en la gobernanza de la contratación pública, como estrategia económica para el progreso de los estados.

Así las cosas, el Consejo sobre Contratación Pública de la OCDE presenta, como una recomendación, contar con una legislación que refleje instrumentos jurídicos internacionales sobre contratación pública y anticorrupción, elaborados en el marco de las Naciones Unidas, la Organización Mundial del Comercio o la Unión Europea. Parten de que la contratación pública eficiente y eficaz de bienes, servicios y obras, es vital para los propósitos fundamentales del gobierno, incluida la inversión en infraestructura y la prestación de servicios esenciales a los ciudadanos (Comité de Gobierno Público, 2017).

La prestación de bienes y servicios públicos, sin lugar a dudas, es uno de los elementos esenciales dentro del desarrollo sostenible de un país o de una región, puesto que de cómo se logren satisfacer las necesidades propias de los habitantes, bajo estándares de calidad, dependerá la disminución de la desigualdad y el incremento de la productividad. Teniendo clara esta necesidad, se ha impulsado, desde el gobierno nacional, la ejecución de mega-obras que lamentablemente no logran consolidarse debido a que, tal como se encuentra diseñado hoy nuestro ordenamiento jurídico, no logra ser eficaz y efectivo en la ejecución de proyectos de infraestructura y, por ello, es menester

del gobierno central, desarrollar, dentro del marco jurídico de la contratación pública, conceptos eficientes para la selección del contratista y una efectiva figura para la disminución del riesgo en la actividad contractual.

Como impulsores de la necesidad de modificar el marco jurídico en Colombia, se tiene la obligación de fortalecer el sistema de compra pública, que permite a los gobiernos tomar decisiones adecuadas sobre el gasto público, comprendiendo las necesidades sociales y promoviendo, a su vez, un trato justo y equitativo para los proveedores potenciales, proporcionando un grado adecuado y oportuno de transparencia en cada fase del proceso contractual, además de garantizar la libre concurrencia de proveedores, incluso extranjeros, a través de portales que permitan a los interesados acceder al sistema de contratación pública nacional sin importar su ubicación y teniendo como objetivo principal, la entrega de bienes y servicios necesarios para cumplir con la misión del gobierno de manera oportuna, económica y eficiente.

Desde el punto de vista del desarrollo, es esencial articular las finanzas públicas con la prestación real del servicio público requerido, debido a que la estricta regulación sobre el presupuesto y la asignación ineficiente de riesgos impiden que particulares idóneos quieran hacerse socios del Estado para mejorar la gestión de las adquisiciones o entrega de bienes y servicios. En este orden de ideas, es fundamental armonizar los principios de contratación pública en temas relevantes como lo son las obras públicas, a través de asociaciones público-privadas o concesiones, consiguiendo con esto asegurar una adecuada relación entre los marcos jurídicos de instituciones que gobiernan y los socios del sector privado. Así se fomenta la eficiencia del gobierno y la previsibilidad de los riesgos del contratista.

Fundamentado en lo anterior, hoy en día se adelanta un proyecto de reforma al Estatuto General de la Contratación en Colombia, que busca fortalecer temas álgidos dentro del contexto contractual, tales como los riesgos previsibles del contrato, la revisión de la figura de subsanabilidad de las propuestas, la regulación de los acuerdos marco de precios y la celebración indebida de contratos de prestación de servicios, además de la necesidad de fortalecer la figura de las interventorías, ya regulada por la ley 1474 de 2001.

En pro de contar con una gestión eficiente en torno a la planeación, administración y organización de la figura contractual en Colombia y, de acuerdo con los informes de revisión del sistema de compra pública en Colombia, emitidos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico -OCDE- en el 2015, se plantea una reforma contractual de fondo, pues si bien en los informes reconocen los resultados obtenidos mediante el modelo adoptado por el gobierno nacional “Haciendo la diferencia”, en cuanto a la entrega de servicios públicos y la revisión del sistema de compra pública de Colombia, como herramienta para la gestión de conocimiento y la organización en general de “Colombia Compra Eficiente”; aún existen falencias que deben abordarse puesto que estas repercuten directamente en la eficiencia y transparencia contractual de las entidades públicas, esto toda vez que la contratación estatal es una de las actividades económicas principales de los Estados, la concepción normativa inadecuada o inconclusa genera una vulnerabilidad particular en torno a la mala gestión, al fraude o a la corrupción (colombiacompra.gov.co, s.f.).

Sin embargo, esta Organización afirma que la normatividad vigente en materia contractual para nuestro país, puede ser un tanto compleja, en especial en lo que respecta a la participación de Pymes en los procesos contractuales y la metodología procedimental propuesta por la ley 80 de 1993. De acuerdo con las recomendaciones dadas y, con la necesidad de adoptar a nuestro ordenamiento jurídico mejores prácticas internacionales, el gobierno nacional trabaja en un proyecto tendiente a simplificar y actualizar el estatuto de contratación, para dotar al sistema de una estructura en la cual los principios están en la ley, la reglamentación en los decretos y los detalles operacionales y procedimentales, en manuales, guías y documentos uniformes (Zuleta, 2016).

Adicionar, entonces, a nuestro ordenamiento jurídico, nuevas disposiciones en materia contractual, busca fortalecer y garantizar, además de lo mencionado, la selección objetiva de los proveedores y su concurrencia espontánea, toda vez que es la violación a este principio contractual lo que, tal vez, trae consigo mayores consecuencias negativas a la economía, en cuanto tenemos como variable la contratación pública. Por ello, el Estado colombiano se ha preocupado notablemente en los últimos tiempos en luchar contra la colusión, toda vez que este indicador, en los procesos de contratación colombiano, marca negativamente el rumbo de la contratación pública en Colombia. Este importante cambio normativo, que evita este fenómeno o que, por lo menos, garantiza su merma, dará como resultado un incremento en la efectividad de la contratación pública, en beneficio directo

de los asociados, toda vez que tiene un impacto significativo en la competitividad de los mercados lo que, directamente, impacta la economía de los países.

Un Estado, con un ordenamiento jurídico claro en el tema de adquisiciones públicas produce beneficios inmediatos como precios más bajos, mejor calidad, aumento de la innovación, productividad superior y, en términos más generales, la obtención de mayor valor por el dinero, en beneficio de los consumidores finales: los usuarios de los servicios públicos (OCDE, 2014).

En este orden de ideas, puede decirse que las principales motivaciones para una verdadera transformación de la contratación estatal en Colombia, surgen de la necesidad de garantizar un desarrollo sostenible, basado en el crecimiento de la economía nacional, a través de procesos eficientes y eficaces que recaerían directamente en el gasto y en la inversión pública.

3. Antecedentes, concepto y alcance de las alianzas público privadas

3.1 La institución de las alianzas público privadas

En torno a definir la institución de las alianzas público privadas (APP), sea lo primero abordar esta figura desde sus inicios. Esta aparece por la obligación imperante del Estado, de suministrar servicios y promover la infraestructura en sus territorios, para permitir el desarrollo. Como esto debía financiarse con recursos estatales, ya fuera vía erogación de presupuesto o a través del endeudamiento público, hasta hace tres décadas solo existían estas posibilidades de financiación con recursos públicos o, en una representación mínima, podían ser financiados a través de tarifas cobradas a la población (peajes u otras contribuciones), estos limitantes para la financiación de obras estatales, llevaron a que los estados enfrentaran una crisis debido a las necesidades insatisfechas de la población. Como ocurre siempre, la necesidad creó el órgano y se empezó a pensar en una figura más allá de las concesiones, que lograra que se financiaran obras con recursos privados, sin que los riesgos fueran asumidos total o directamente por el Estado.

El primer país en adoptar un modelo que lograra solucionar el problema descrito fue el Reino Unido y es así como, bajo la influencia del derecho anglosajón, nace la figura de vinculación de capital privado, conocida como PRIVATE FINANCE INICIATIVE (PFI), que se recibe como la solución a la necesidad de renovación de infraestructura del sector público. El resultado inmediato, asegura la inversión en un momento de grave restricción del gasto público. Tenía esta solución, como principal característica, un modelo de asignación específica del riesgo, en el cual se trataba de asignar el riesgo a quien tuviera mayor capacidad de asumirlo, lo que era compensado con la obtención de un mayor valor por la inversión. Bajo la implementación de esta nueva institución, el gobierno de Inglaterra logró aumentar su inversión en activos, sin tener que asumir directamente su financiamiento, por lo que extendió esta figura, que inicialmente surgió para realizar obras de infraestructura, a la prestación de servicios estatales tales como salud, transporte, saneamiento básico, educación y administración de justicia.

El éxito de esta figura en el Reino Unido permitió que se expandiera a otros países y que las organizaciones de orden internacional la utilizaran para impulsar el desarrollo en diferentes naciones del mundo. En principio se extendió a otros países de derecho anglosajón, tales como Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Irlanda, África del Sur donde se implementó un modelo exitoso que, de manera ordenada, permitía que la estructuración de los proyectos de alianza público privada mantuvieran una estructura organizada, que tenía como objetivo claro, el mismo que en su momento impulsó a Gran Bretaña: modernizar las infraestructuras públicas recurriendo a la financiación privada como instrumento prioritario para la dotación de bienes y servicios.

Para la Comisión Europea, la figura se denominó “colaboración público-privada”. Por ello la relación entre las autoridades públicas y los inversionistas privados, se enmarcó en un contrato de “colaboración público-privada”, el cual cuenta con una serie de particularidades que superan las formas tradicionales en las que la administración y los particulares consiguen llegar a puntos comunes, en pro de un interés general. Bajo esta estructura se incluyeron nuevas maneras de cooperación empresarial en torno a las necesidades insatisfechas de la población y, si bien para estos empresarios colaboradores de la gestión pública, existe una retribución en cuanto al retorno de la inversión, permite la figura mayor garantía en cuanto a la financiación, construcción, renovación o mantenimiento de la infraestructura.

Surgió así, dentro del contexto jurídico mundial, una nueva figura que busca soportar la provisión de bienes y servicios públicos que satisfagan las necesidades y aspiraciones de los ciudadanos, conciliados con la capacidad y los recursos de la administración pública. Este modelo jurídico, está basado en cuatro pilares fundamentales: los instrumentos sólidos de financiamiento, la responsabilidad de los operadores, la diversidad de inversionistas y la actuación responsable del Estado en lo que concierne a la regulación jurídica que mejore la estabilidad jurídica.

Además del deber de implementación del modelo por lo cual es responsabilidad del sector público garantizar una adecuada relación entre precio y calidad los operadores o proveedores del sector privado asumen la responsabilidad del riesgo del proyecto, bajo tres criterios fundamentales: generar inversiones adicionales en infraestructura social, representar una ganancia significativa para el privado y propender por el cumplimiento de los objetivos del sector público; la justificación

de esta institución se da por el desarrollo de acciones conjuntas que permiten beneficios para la administración pública, los inversionistas privados y el destinatario final o usuario final de las acciones emprendidas.

La noción en la que se enmarca esta figura es la de las asociaciones público privadas y para definirlas, es procedente comenzar por tomar los conceptos que las enmarcan. En principio, deben verse como una idea de emprendimiento, que propende el desarrollo o la satisfacción real de una necesidad, que habitualmente se encuentra a cargo del Estado y donde, una organización privada, busca lograr la adecuada provisión de esos servicios de interés colectivo. De allí surge un acuerdo de voluntades, lo que daría vida a un tipo de contrato especial, en el cual, la duración en el tiempo, se convierte en una característica esencial. Así pues, la expresión “alianza- público privada” se enmarca en el ámbito de transferencia, hacia un particular, de una actividad propia del Estado, donde, sin duda, existe una actuación mancomunada de las partes en pro de un interés general, en el que se permite un reparto de actividades, deberes, gestiones y riesgos, lo que la convierte en un medio idóneo para llevar a feliz término acciones de relevancia social o económica. Esta alianza le permite participar a los particulares, bajo la figura sólida de una institución jurídica, en los procesos de desarrollo de los países. Las alianzas público privadas, como una herramienta jurídica, deben estar integradas por las intenciones de las partes, bajo un modelo legítimo, equitativo y garantista (Benavides, 2014).

En este mismo sentido, el Banco interamericano de desarrollo adopta la definición al considerar el tema de alianzas público privadas como “Un contrato a largo plazo entre, una parte privada y una entidad pública, para brindar un activo o servicio público, en el que la parte privada asume un riesgo importante y la responsabilidad de la gestión, y la remuneración está vinculada al desempeño”. (Banco Interamericano de Desarrollo). Así las cosas y tratando de establecer características propias de las APP, se tiene que lo fundamental en esta figura es que la parte privada, a quien se le transfieren funciones dentro del proyecto, es quien debe responder por el diseño del mismo y también debe asumir la responsabilidad de la gestión y el riesgo que este implique y, conforme al resultado del proyecto, serán las ganancias que el privado obtenga, puesto que el objetivo principal de la figura es mejorar el valor generado de la actividad, potencializando los beneficios sociales y económicos que la población reciba. Esto permite que el sector público

distribuya mejor sus recursos limitados y que, por su parte, el sector privado obtenga una ganancia aceptable que justifique la inversión en el financiamiento del proyecto.

Las asociaciones público privadas, entonces, como acuerdos contractuales a largo plazo, tienen como sujetos intervinientes una entidad pública y a un socio del sector privado y como principal objetivo la producción o prestación de bienes y servicios de infraestructura y de servicios públicos. A favor de la figura y de conformidad con la relación contractual que las fundamenta, está el ya mencionado factor de la reducción del gasto público, cumpliendo los objetivos sociales en medio de las limitaciones fiscales. Para los opositores de este tipo de contrato, la falta de una capacidad institucional fuerte que limite la figura y un marco legal integral, que abarque las necesidades y retos de esta, genera la posibilidad de riesgos fiscales, como serían los incumplimientos de las obligaciones de ejecución y la calidad sobre las obras a realizar.

En este orden de ideas, una de las principales características diferenciadoras de las alianzas públicas privadas frente a un contrato común se refiere al contenido del acuerdo de voluntades en el que se pacta que parte de las funciones y responsabilidades del sector público se transfiere al sector privado, mediante un acuerdo compartido de responsabilidades para lograr una eficaz entrega sea de un bien de infraestructura o el abastecimiento de un servicio público. Por ello la doctrina lo ha denominado como un contrato complejo, debido a las prestaciones que incorpora como a los sujetos que participe de él; puesto que, como se ha indicado en otras ocasiones, esta relación excede las condiciones contractuales normales entre la administración y los particulares, puesto que en el desarrollo de este negocio jurídico la administración pierde su protagonismo habitual y lo cede al particular para alcanzar el objeto contractual. Dicho de otra manera, la financiación y el diseño del proyecto serán responsabilidad del particular interviniente y es, tal vez esta, una de las características diferenciadoras de los contratos de obra habituales vs los celebrados a través de alianzas público privadas, puesto que la fase de diseño en gran parte corresponderá al particular (GARCÍA, 2006).

Uno de los mayores desafíos de esta figura, y a su vez la primera característica de este tipo de relación contractual dentro de su conceptualización, corresponde a generar fondos de inversión privada que respondan por la transferencia de responsabilidades, así como por la transferencia del

riesgo, siendo ésta, otra de las características esenciales y diferenciadoras del contrato de alianza público privada, puesto que esta modalidad contractual induce a que el inversionista privado asuma los riesgos derivados del diseño, de la construcción y las posibles demoras derivadas de la ejecución o complejidad para llevar a cabo las obras o la prestación del servicio pactado. Para cumplir con esta característica esencial, es necesario que la parte privada desarrolle una estructura financiera sólida para el proyecto, que asegure la estabilidad del contrato a largo plazo.

La suficiente transferencia del riesgo en términos de alianzas público privadas configura la segunda característica de este instrumento jurídico, la cual significa, entonces, que la administración pública, cuando se encuentre en medio de esta relación contractual, no podrá, entre otras, generar un reembolso a la financiación, debido a las contingencias generadas en razón de la ejecución del contrato. De ser así, se desvirtuaría totalmente el tipo de contrato y estaríamos al frente de un contrato de obra común. Por ello, el sector público debe ser consciente de las implicaciones del contrato para el gobierno. Así las cosas, la estructura financiera de las APP, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del contrato, debe demostrar, por parte del sujeto privado interviniente que, con los aportes directos de este, los aportes del gobierno y los posibles pagos tarifarios que surjan como resultado de la utilización del servicio, permitirán en el tiempo, el sostenimiento del proyecto.

En torno a lo que implica la financiación de las APP, y partiendo de la premisa de que el reto verdadero de estas consiste en que se constituyan en uno de los instrumentos financieros más importantes para promover el desarrollo de infraestructura o la prestación de bienes o servicios necesarios con la participación privada, y si bien anteriormente se indicó que uno de los elementos esenciales del contrato de APP es la transferencia del riesgo a quien mejores condiciones tenga de asumirlo, no quiere decir esto que exista una ausencia de vinculación del capital público en la ejecución de los contratos de alianzas público privadas, puesto que lo usual es que dentro de este confluya la financiación pública y la privada. Surge así, la tercera característica del contrato de APP. En torno a esto, existen diferentes modalidades de vinculación del capital privado para la prestación de servicios de naturaleza pública, pues no es exclusivo para esta modalidad contractual la ausencia de financiación presupuestaria por parte del Estado, ya que también el consumidor final, en ocasiones, podrá participar, mediante la constitución de un fondo especial, que sea el encargado

de pagar por el uso del nuevo bien o servicio. Así las cosas, dependiendo del nivel de participación de las entidades privadas en la configuración de los proyectos, serán las obligaciones, derechos, activos y pasivos que se deriven de la relación contractual; por ejemplo, en los casos en los que los particulares son los responsables de diseñar, y financiar un proyecto con el que se pretende mejorar la infraestructura de un país, el operador privado adquiere el compromiso de proporcionar, durante un período, los servicios en las condiciones pactadas (elemento de calidad) y por ello, a su vez, se subrogará el derecho a cobrar por el servicio prestado. Por su parte, la Administración adquiere el derecho a dejar a disposición de los ciudadanos el disfrute de los servicios resultantes del contrato.

De acuerdo con la finalidad propia de las APP, que, sin duda, supone un cambio en las relaciones entre administraciones públicas y entidades privadas para la financiación y gestión de infraestructuras y servicios públicos, surge un cuarto factor importante dentro de esta tipología contractual es la calidad que, como factor fundamental de los niveles de la ejecución y de satisfacción de los usuarios finales (población beneficiada) será la que determine la retribución de la inversión.

Además de las características indicadas anteriormente de los contratos de APP, puede decirse que un elemento más para que éste se constituya, es el análisis del inversionista privado más apropiado para realizar el proyecto. Esto se logra con una proyección del costo que el gobierno debería asumir si el desarrollador fuera él y se puede calcular a través de la figura “Public Sector Comparator”, la cual fue desarrollada por el Banco Mundial con el fin de que un gobierno pueda utilizarlo para tomar decisiones, mediante la prueba de si una propuesta de inversión ofrece una buena relación calidad-precio. Como la forma más eficiente de contratación pública, este método estima el costo hipotético ajustado por riesgo si es financiado, poseído y ejecutado por el gobierno, lo que proporciona un punto de referencia para estimar las alternativas de ofertas sobre las cuales podrá evaluar los proyectos presentados (Kerali). Así las cosas, este elemento de la esencia del contrato de las APP constituyen un juicio de racionalidad, al comparar el proyecto que se realizaría a través de la colaboración privada, con las licitaciones ordinarias de la contratación pública. Así, se logra una proporcionalidad entre una adecuada distribución del riesgo y una calidad óptima en el bien o servicio a contratar.

La cooperación entre los sectores público y privado puede ofrecer ventajas de desarrollo, al permitir realizar un proyecto con la mejor relación entre calidad y precio y se logra mantener el cumplimiento de los objetivos de interés público. Sin embargo, este tipo de negociaciones deben verse enmarcados por criterios claros de racionalidad y de eficiencia administrativa, tanto en lo que respecta a la viabilidad y finalidad de la inversión como en lo que tiene que ver con el gasto público, por ello es menester revisar cada determinado proyecto de APP, con el fin de tener claridad sobre el costo- beneficio que él mismo representará para los intereses comunes.

3.2 Las alianzas público privadas en un contexto de desarrollo sostenible

En el papel tan importante que juega la creciente globalización, se hace necesario abordar el concepto de desarrollo sostenible, bajo un enfoque dirigido a la solución de problemas. Este concepto, para abordarlo adecuadamente, hay que vincularlo a tres enormes aristas: el desarrollo económico, la inclusión social y la sostenibilidad ambiental.

En primer lugar, se analizará lo que tiene que ver con el desarrollo económico, el cual cuenta con dimensiones distintas; por lo que, en la mayoría de los casos, evaluar el grado de desarrollo económico de un país puede resultar retador, dadas las diferentes categorías empleadas por organismos internacionales tales como la ONU y el Banco Mundial.

La manera óptima para evaluar el desarrollo económico es a partir del PIB per cápita, para así poder estudiar temas de relevancia como los niveles distintos de desarrollo de los países, así como las sociedades que se consideran relativamente igualitarias o no. Para ello, hay que tener en cuenta su ubicación geográfica, su población y los ingresos que estos generan. A su vez, debe tenerse en cuenta que los ingresos entre personas en un mismo país pueden llegar a ser muy diferentes, por lo que el factor que se analiza en este caso, es la distribución de ese ingreso, pues así podemos determinar cuál es el mejor camino para aminorar las diferencias y alcanzar distintos grados de desarrollo económico. Con este procedimiento, conseguimos herramientas que permiten un desarrollo sostenible basado en un diagnóstico diferencial en lo que respecta al crecimiento económico.

Para poder alcanzar este diagnóstico y generar políticas mundiales que permitan pasar el umbral de pobreza y ubicar a las diferentes regiones del mundo en un plano de auto sostenibilidad, podemos decir que quienes cumplen el papel más crucial en este caso son los gobiernos, porque son ellos los llamados a regular algunos sectores claves de la economía tales como las finanzas y los lobbies corporativos que pueden generar altos grados de corrupción.

La tarea de encontrar un punto de equilibrio entre el factor diferenciador de los países o entre los países regiones, no es sencilla, puesto que, como es sabido, vivimos en un mundo que no es igualitario y las diferencias que existen pueden ser similares a las de las personas y las instituciones políticas y jurídicas de cada región son las que determinan, a su vez, las instituciones económicas y es por ello que puede resultar un tanto complejo eliminar la desigualdad mundial y hacer que los países pobres sean prósperos, pues si bien, entre la misma región se conocen sus diferencias, no existe un consenso para cambiar las instituciones propias de cada país. Se requieren cambios para lograr superar índices inadecuados de desarrollo, en general económicos que busquen políticas distintas mucho más incluyentes que las anteriores, instituciones que tendrán implicaciones profundas, no solo en la prosperidad económica, sino también para los ciudadanos que, finalmente, son los que cosecharán los beneficios de la prosperidad.

Uno de los aspectos más importantes dentro de una política de desarrollo, principalmente para aquellos países que centran su economía en la exportación de sus productos, es el de los servicios de infraestructura. La prestación de un servicio ineficiente por el atraso en la adecuación o generación de nuevos servicios de este tipo, limitan la implementación eficaz de las políticas propias del desarrollo e impiden alcanzar la tasa de crecimiento económico esperada dentro de los promedios internacionales. Para avanzar en materia de desarrollo se requiere invertir en una adecuada disponibilidad de obras de infraestructura, puesto que esto permitirá que un país o una región puedan desarrollar ventajas competitivas y alcanzar un mayor grado de especialización productiva.

En este orden de ideas, organismos internacionales como el Banco Interamericano de Desarrollo, han señalado, en su búsqueda por implementar soluciones para impulsar el desarrollo económico

en diferentes regiones del mundo, de forma continua generan un análisis del avance de estas, de conformidad con estos datos entregados por el BID, se evalúan los índices de desarrollo económico. Se evidencia la existencia de un déficit en la creación de la inversión destinada a adicionar o a mejorar infraestructura básica y a ampliar o mejorar la prestación de servicios asociados a este importante y fundamental asunto. Dicen los investigadores del BID, como resultado de su análisis, que:

(...) para promover el desarrollo económico la región de Latinoamérica y el Caribe (LAC), debe aumentar su nivel de inversión en infraestructura, del nivel existente e histórico de 2,3% a un mínimo de 5%, lo que representa un incremento de más de \$ 280 mil millones USD al año, en precios de 2014. En el contexto de las limitaciones fiscales existentes en la región, este aumento solo podrá lograrse a través de una combinación de mayor eficiencia de planeación y licitación de proyectos, y el aprovechamiento de nuevas modalidades de financiamiento (Banco Interamericano de Desarrollo, 2015).

En la frase, “aprovechamiento de nuevas modalidades de financiamiento”, del documento arriba aludido, se encuentra que, para esta entidad internacional, las asociaciones público privadas, diseñadas de la manera correcta, podrían ser una modalidad adecuada y provechosa para agilizar el desarrollo de la infraestructura, elemento éste, esencial para alcanzar la auto sostenibilidad, competitividad y crecimiento inclusivo de las regiones, puesto que este tipo de alianzas aportan nuevos recursos para superar el paradigma de la reducción de la pobreza. Si bien en la actualidad los Estados de la región han implementado políticas de desarrollo adecuadas, los mismos habían claramente fallado, por décadas, en ofrecer estándares de vida aceptables para gran parte de la población de América Latina y del Caribe.

Así las cosas, se plantea que las inversiones en obras de infraestructura a través de los contratos de APP, facilitan la reducción de los costos asociados al consumo de los servicios, mejoran el acceso a los mercados de bienes e insumos e incrementan la cobertura y calidad de los servicios provistos a la población, así como su bienestar. En ese mismo sentido, se generan adecuados modelos económicos que permiten una solidez en la economía nacional, lo que le permite a los países y a la región, articularse adecuadamente con la economía mundial. (Patricio Rozas, 2004)

Por su parte, el Banco Mundial, al realizar un estudio sobre las necesidades que tienen América Latina y el Caribe (ALC), indica que, si bien la región se ubica sobre un ingreso medio-alto, su nivel de cobertura en temas de infraestructura para el año 2005, había caído al nivel de las regiones de ingreso mediano, esto a pesar de haber atraído más inversión privada que el resto de las regiones en vías de desarrollo. Estas deficiencias encontradas en el estudio, fueron las que generaron dificultades claras en los índices de crecimiento, competitividad y reducción de la pobreza, a pesar de que la mayoría de los gobiernos de ALC, han incluido al sector privado como actores principales de la tarea de reformar la infraestructura y financiar las obras que de ello se desprende, haría pensar que este era el camino expedito para alcanzar el desarrollo necesario de este sector, pero los análisis realizados indicaron como, la inadecuada regulación de la figura de participación de capital privado en las inversiones propias del Estado, llevó a que no se alcanzaran los objetivos propuestos para los diferentes sectores de desarrollo, así pues se determinó que se debe de contar con un marco jurídico lógico, concreto y organizado, para que la región no falle de nuevo. Esto nos indica que los gobiernos no pueden desentenderse de la necesidad de inversión y deben jugar un rol principal en este tipo de desarrollos y, en la mayoría de los casos, financiar paralelamente con el sector privado gran parte de las inversiones. En conclusión, son los gobiernos de la región los que deben fijar las metas distributivas, asegurarse de que existan recursos y asegurarse de que estos proyectos y políticas tengan acceso a la población vulnerable.

La participación de particulares es decisiva en lo que respecta al crecimiento y es responsabilidad del Estado darles garantías en su inversión y atraerlos con claridad y seriedad. Dentro de la figura de las APP, se insiste en que se debe analizar, previo al inicio del proyecto y de manera razonable y eficiente, la relación entre el riesgo y la rentabilidad. Este análisis previo, a su vez, implica desarrollar, por parte de los gobiernos, adecuados mecanismos de mitigación de los riesgos, mayor transparencia y mejor diseño de las transacciones, porque con estas medidas previas, se evitan renegociaciones entre las partes en la ejecución de los proyectos. También es importante tener en cuenta que no solo la adecuación de infraestructura para la región puede dejarse en manos de la inversión privada, sino que es deber de cada Estado fijar objetivos de inversión y realizar, con recursos propios, las que no generen mayores costos, tanto desde el punto de vista financiero, como político.

Otra de las dimensiones del desarrollo sostenible es la inclusión social, la cual se desarrolla como una estrategia en la se garantiza que todas las personas tengan una oportunidad en cuanto al acceso a los recursos y programas gubernamentales. Para darle relevancia a este punto, más de 160 países y la Organización de las Naciones Unidas, se han puesto de acuerdo en los objetivos de desarrollo del milenio, los cuales se enfocan en superar grandes retos. Ellos son:

1. Mejorar las condiciones de vida de las personas más vulnerables del planeta; esto quiere decir: erradicación de la pobreza extrema y del hambre.
2. La universalización de la educación primaria: guerra al analfabetismo
3. Promover la igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer: igualdad de género.
4. Reducir la mortalidad infantil: salud, prevención y atención.
5. Mejorar la salud materna: atención integral en salud
6. Combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades
7. Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente: educación y prevención medio-ambiental
8. Fomentar una asociación mundial para el desarrollo, en pro de alcanzar estos objetivos y, en el entendido de que el progreso económico depende ampliamente del avance social, se han generado alianzas público privadas para el desarrollo, basadas en políticas económicas que impulsen un cambio estructural progresivo con mejores empleos, mayor productividad y mejores retribuciones del factor trabajo, donde se requiere una colaboración intersectorial que permite que ambas partes de la relación contractual trabajen de manera eficiente y eficaz en las iniciativas de desarrollo que permiten mejorar las condiciones de vida de la población, evitando que estas queden a un lado, en medio del desafiante crecimiento mundial; las alianzas público privadas en torno a este tema, se dirigen a armonizar las intervenciones y la prestación de servicios públicos con el objetivo de poner fin a la pobreza extrema y promover la prosperidad de manera sostenible e inclusiva.

La sostenibilidad ambiental, enmarca otro punto de partida para alcanzar un desarrollo sostenible y es por ello que garantizar los servicios y biodiversidad del ecosistema, así como la buena gestión de los recursos hídricos y otros recursos naturales, es uno de los objetivos principales del desarrollo sostenible; la biodiversidad y los ecosistemas deberán ser inventariados y administrados para

garantizar la continuidad de los mismos. El agua y otros recursos naturales que se consideran como servicios públicos, deben ser gestionados de manera sostenible y transparente para promover un desarrollo inclusivo a nivel económico y humano.

Este tema frente a las alianzas público privadas, debe analizarse desde dos puntos de vista. En principio, pueden tornarse como estrategias distintas para cumplir este objetivo. El primero de ellos, se fundamenta en la necesidad de invertir en el sector ambiental y mediante la figura jurídica de las APP, se pretende, por parte de las instituciones de carácter internacional, lograr sinergias representativas y certeras en lo que se refiere a los objetivos económicos- ambientales de la región. La estrategia de inversión privada en este campo tiene que ver con una visión integral del desarrollo, basada en el principio de que *“es más costoso reparar que prevenir”*. El segundo análisis debe hacerse desde la necesidad de enmarcar la sostenibilidad ambiental en los nuevos modelos de contratación estatal, en donde, no solo el valor y la calidad de las obras o servicios contratados, son la prioridad de las instituciones. Hay que tener en cuenta que, hoy en día, los temas sociales y ambientales representan, en muchos casos, gran parte del presupuesto del proyecto y es aquí en donde las figuras de las alianzas público privadas, juega un rol especial ya que son modelos de gestión que deben ser integrales e incluyentes y su proceso debe considerar, en todo momento, el concepto de desarrollo sostenible (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2002).

El desafío actual es posicionar a los estados en el lugar adecuado, de acuerdo con las estrategias de desarrollo propias de la región; como lo indicó, Antonio Prado, Secretario ejecutivo adjunto de la CEPAL:

“El Estado tiene un rol central en la cuestión de la igualdad. En nuestra visión del desarrollo, es necesario que las sociedades restituyan la importancia de tres valores esenciales: el interés general y la disponibilidad de bienes públicos, el valor de una visión estratégica compartida, y el valor de la política” (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2002)

En este orden de ideas, la relación que se presenta de desarrollo sostenible obedece a la interacción entre prosperidad e instituciones políticas y económicas inclusivas, que hacen respetar los derechos, crean igualdad de oportunidades y fomentan la inversión para alcanzar suplir necesidades

básicas de los ciudadanos. Esto basado en procesos de buena gobernanza, tanto para los gobiernos como para las empresas, en los que ambos operan de acuerdo con principios de seguridad jurídica, responsabilidad, transparencia y respeto a las necesidades de la ciudadanía. Esto permite una adecuada participación de los ciudadanos, en cuestiones importantes dentro de los proyectos a emprender, para alcanzar niveles óptimos de desarrollo.

En América Latina y el Caribe el reto está en superar ese índice negativo de desigualdad que le impide alcanzar el potencial de la región que, según estudios realizados por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) si bien no es la región más pobre, si es la más desigual, toda vez que las brechas que enfrenta, son determinantes para su desarrollo. Esas brechas están determinadas por la escasa productividad debida a una infraestructura deficiente; la segregación y los rezagos en la calidad de los servicios de educación y salud; las desigualdades territoriales y un impacto desproporcionado del cambio climático en los eslabones más pobres de la sociedad.

Buscando superar estas desigualdades, se ha establecido una Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, que incluye 17 Objetivos y 169 metas. Esta Agenda, presenta una visión ambiciosa del desarrollo sostenible e integra sus dimensiones económica, social y ambiental. Su principal objetivo es poner la igualdad y dignidad de las personas en el centro de atención y hacer un llamado urgente, a cambiar nuestro estilo de desarrollo, respetando el medio ambiente, como una de las acciones. Para lograr este objetivo, se tienen estrategias modernas para lograr el fomento, a nivel regional, del desarrollo. Entre ellas, se destacan la divulgación, difusión y transferencia de tecnologías ambientalmente racionales y el fortalecimiento de la cooperación y colaboración regionales en ciencia, investigación, tecnología e innovación. Además, indica que uno de los medios a través de los cuales deben desarrollarse estas actividades es mediante la utilización de las alianzas público-privadas, como fortalecedoras de intereses comunes y beneficios mutuos, que aportaran al logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible del milenio. (Naciones Unidas CEPAL, 2017)

3.3 Las alianzas público privadas como impulsadoras del desarrollo regional

Los gobiernos cuentan con una estrategia o un plan de desarrollo para lograr sus objetivos. En su mayoría, estos planes de desarrollo, se enmarcan en intervenciones públicas, tales como las políticas monetarias o fiscales y la prestación de servicios públicos básicos, como la educación y la infraestructura. No obstante, de acuerdo con las necesidades actuales de crecimiento, las estrategias de desarrollo que se planteen los gobiernos deben contar con un enfoque proactivo de acuerdo con las transformaciones necesarias que debe asumir el país o la región.

La necesidad de realizar proyectos que impulsen el desarrollo de una región y que reduzcan la brecha de desigualdad existente, ha generado que las organizaciones internacionales, tales como el Instituto de Desarrollo Económico del Banco Mundial, las Naciones Unidas y la Fundación Interamericana, centren sus programas de cooperación entre los gobiernos en nuestra región, considerando que de esta manera se logran mermar los altos índices de pobreza y desigualdad, encontrado, en la fomentación de alianzas público privadas la figura necesaria para desarrollar su objetivo.

Estas instituciones tienen en cuenta que este tipo de alianzas aportan recursos a las iniciativas de reducción de la pobreza. Es importante tener en cuenta en este caso, que no se pueden olvidar los retos que representa y los riesgos que pueden desprenderse de esta figura; puesto que para que las alianzas público privadas sean un instrumento eficaz de las estrategias de desarrollo, el Estado debe colaborar con el sector privado, pero guardando cierta autonomía en el marco del bien público, con la finalidad de que se convierta en un verdadero socio del sector privado. Cuando se logra esta autonomía es menester un adecuado diseño institucional del proyecto social. Al confluir estos dos elementos (autonomía y diseño institucional) puede pensarse en que las alianzas público privadas, verdaderamente resultan una estrategia eficaz para la transformación efectiva de la región.

Según sea el nivel de desarrollo y la situación económica del país, deben ser las restricciones jurídicas de la figura, así como la formulación e implementación de los proyectos sociales, como las APP, pueden traducirse en un plan de acción eficaz. Este plan, a su vez, debe reconocer una estrategia que cuente con el financiamiento adecuado y la capacidad organizacional por parte del sector público. La importancia de las alianzas público privadas para el desarrollo regional, radica

en que deben utilizarse, de manera adecuada, para que se conviertan en el medio para lograr una solución a los problemas de inversión social.

Para la región de América Latina y el Caribe se han planteado por parte de organismos no gubernamentales diferentes tipos de APP, de acuerdo con los sectores industriales que se pretenden fortalecer, con el fin de lograr una merma en la pobreza y, por ende, un impulso al desarrollo económico. Estas APP se centran, principalmente, en transformaciones productivas, basadas en modelos a mediano y largo plazo, que se orientan a impulsar una transformación productiva de la región. Cada sector presenta retos y oportunidades que a continuación procedo a describir.

- **APP en Tecnología Limpia:** Los proyectos de APP que se concentran en el cambio climático, incorporando características dirigidas a la mitigación del impacto que tiene la emisión de gases contaminantes, hacen parte de la propuesta de alianzas público privadas en el entendido de que el cambio climático es un reto mundial y requiere una solución global. En consecuencia, la acción de un país para reducir las emisiones no hará mucho para frenar el calentamiento global, a menos que otros países también actúen.
- **APP en Energía y Electricidad:** Las APP del sector de energía tienen diferentes formas, la metodología utilizada varía, dependiendo del lugar, del gobierno y de los detalles de la operación. Así, cada acuerdo será adaptado a las necesidades y circunstancias dadas en el momento en que la asociación se crea.
- **APP en la Tecnología de la Información y Comunicaciones:** Las innovaciones en el sector, además de un aumento en la demanda de este mercado, han repercutido fuertemente en las empresas estatales de telecomunicaciones y en su infraestructura, lo que ha llevado a una tendencia hacia la desregularización y liberalización de los mercados de las telecomunicaciones.
- **APP en Transporte:** son una manera eficaz de construir e implementar una infraestructura nueva o para renovar, operar, mantener y administrar las instalaciones de infraestructura de transporte existentes. Además, estas APP pueden ser mutuamente beneficiosas para ambos sectores, ya que resuelven problemas críticos de transporte.
- **APP en agua y saneamiento:** este tipo de alianza puede ayudar a mejorar el acceso al agua potable y los servicios de saneamiento, proporcionando una serie de servicios como la

distribución del agua a los hogares, la construcción de nuevas infraestructuras, la mejora de la tecnología o el uso de tecnologías limpias para satisfacer mejor las necesidades de la comunidad.

- **APP en infraestructura:** es uno de los requerimientos básicos y urgentes para el desarrollo de América Latina. El posicionamiento adecuado de la región requiere la articulación de su territorio con infraestructura adecuada y eficiente, que permita aumentar los niveles de competitividad y mejorar la calidad de vida de sus habitantes. Este reto exige cuantiosos recursos financieros, tecnología avanzada y variada, y una enorme capacidad institucional y de gestión. Como una de las principales fuentes de financiamiento multilateral de infraestructura en América Latina, CAF reconoce la importancia de promover esquemas novedosos de cooperación entre el Estado y las empresas privadas para incrementar significativamente la generación de infraestructuras en la región. De allí que la Institución promueva la idea de construir proyectos de interés público desarrollados bajo mecanismos de participación privada. (center, public-private-partnership in infrastructure resource, 2017).

Son estos, entonces, los sectores en los que se centran, de una u otra manera, las organizaciones internacionales en pro de estimular la transformación productiva, sin que esto quiera decir que sean los tipos de alianzas que se deban desarrollar en pro de buscar un resultado pues, finalmente, quien orienta y diseña ese plan de acción enfocado al objetivo claro del desarrollo es el Estado, de acuerdo con su estructura productiva interna.

En otras regiones se han empleado los modelos sectoriales anteriormente descritos y su éxito, tal como se planteó anteriormente, dependió de una buena estructuración y a la formulación e implementación de la estrategia de desarrollo económico, suponiendo la obligatoriedad de la participación de diversas instancias del sector público.

Se considera interesante y necesario, dar a conocer un análisis de esta figura presentado por la CEPAL, con el fin de determinar el impacto de las alianzas vigentes en el mundo en zonas diferentes a América Latina y al Caribe. Este trabajo de la CEPAL, servirá para que se reconozcan

los beneficios y las necesidades claras de una regulación clara y precisa. Veamos los siguientes países y las alianzas que tienen en práctica:

Tabla No 1

Caracterización de las legislaciones de algunos países en torno a las APP

PAÍS	ESTRUCTURA DOMINANTE	CARACTERÍSTICAS
Finlandia	Formal estructurada	Dan lugar a un verdadero diálogo social y los acuerdos logrados se acercan a consensos que superan los ciclos políticos
Irlanda		Profundidad de la alianza público-privada en cuanto a penetración en la jerarquía del gobierno, lo que contribuye a mejorar el intercambio de información y la coordinación de los procesos, así como al logro de consensos o entendimiento.
Singapur		La interacción con el sector privado y los representantes de las empresas, es muy amplia.
Australia	Formal ad hoc	Se da principalmente entre el gobierno, las empresas y el mundo académico.
España	Informal táctica	Consenso en torno a la estrategia nacional de desarrollo durante el proceso de democratización e integración a la Unión Europea mediante foros, comisiones y grupos de trabajo, entre otros.
Suecia	Informal táctica	No es muy fácil describir cómo funciona la alianza público privada, debido a su carácter marcadamente informal y tácito.
Nueva Zelanda	Híbrido	La estructura híbrida de la alianza público-privada del país, no tenía la estabilidad ni la articulación suficientes como para generar consensos duraderos a nivel nacional, a fin de implementar una estrategia estructural global que trascendiera el ciclo electoral.

Fuente: Robert Devlin y Graciela Moguillansky, “Fomentando tigres latinoamericanos: principios para una visión estratégica nacional en el marco de alianzas público-privadas”, Santiago de Chile, 2009.

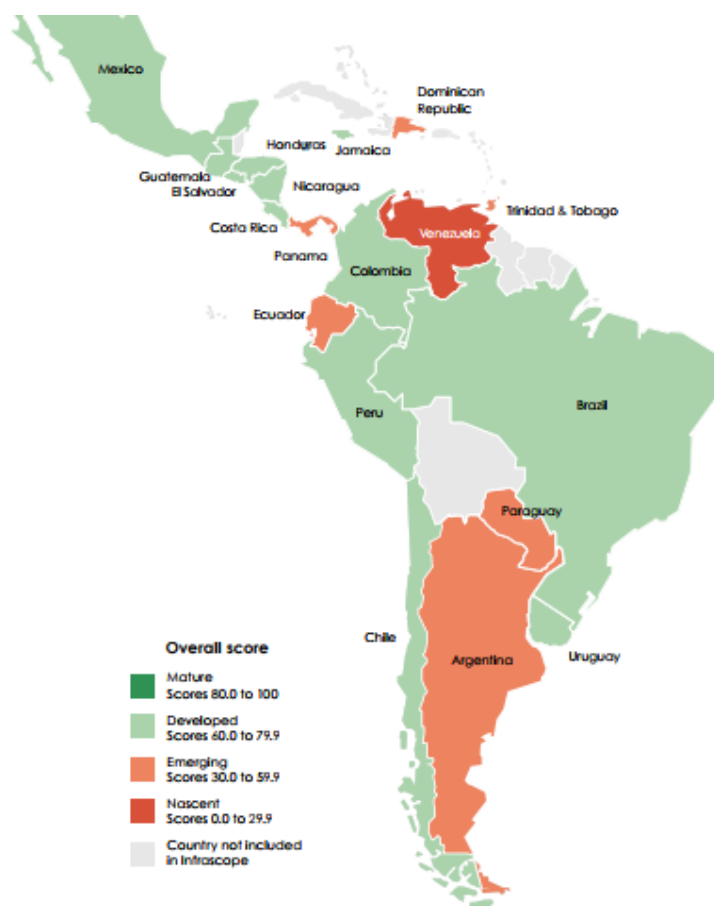
De acuerdo con la información expresada anteriormente, puede decirse que la forma en la que se constituyen las alianzas público privadas, el intercambio de la información, así como los consensos a los que se llegan con las diferentes comunidades, son los que garantizan el éxito de la alianza. La interacción con el sector privado para los casos que se indicaron es muy amplia y sus representantes juegan un papel primordial en la elaboración de los proyectos.

En lo que respecta a un análisis similar para Latinoamérica y el Caribe, se tiene que, en el más reciente estudio realizado por el Banco Interamericano de Desarrollo, que pretende evaluar la capacidad de los países para movilizar la inversión privada en infraestructura, incluyendo la sostenibilidad social, y medio ambiente, así como el control fiscal planificación de presupuestos, transparencia y rendición de cuentas, y los nuevos instrumentos financieros a través de las APP, se determinó que los países de la región con un marco regulatorio sólido, son Chile y Colombia. Según el estudio, Chile cuenta con una institución reguladora y con el apoyo de una ley marco de APP. Esto está reforzado por una sólida inversión, por un clima de negocios y por el desarrollo de instrumentos de financiación. El país ha implementado más de 70 proyectos APP en los últimos cinco años; sin embargo, Chile enfrenta una serie de inconvenientes en el desarrollo de las APP, relacionados con los costos del proyecto y la exigencia, por parte de la comunidad, de mayor transparencia en las etapas del proceso. Por su parte, el campo normativo de Colombia se enmarca en una Ley relativamente nueva, del año 2012, la cual se analizará en un acápite posterior de este trabajo. Las entidades públicas en el país tienen experiencia en la realización de procesos contractuales bajo la figura de las alianzas público-privadas, que sirve para atraer la participación del sector privado a proyectos de infraestructura. Bajo este modelo, se han adjudicado en el sector, 37 proyectos en los últimos cinco años. Como falencia dentro del proceso de APP colombiano, se identificó que para garantizar la eficiencia de esta figura se hace necesario simplificar los procesos a través de las entidades involucradas en el mismo. Brasil, por su parte, se ubicó, en este estudio, en el tercer lugar. Brasil ha realizado cierre financiero para 270 proyectos en los últimos 5 años, muestra un elevado número de proyectos de APP desarrollados, cuenta con el apoyo de sus

instituciones, así como con la capacidad para desarrollarlas. Argentina ha tenido progresos importantes en la captación de inversión en su economía, construyendo un ambiente propicio para proyectos APP. Y Jamaica ha fomentado la participación del sector privado en proyectos de infraestructura y ha venido trabajando para fortalecer su marco jurídico de las APP. (Economist Intelligence Unit, 2009)

En el mapa de la región se observan y evidencian los perfiles de los países en torno a las APP. Son 19 países estudiados, de acuerdo con los puntajes obtenidos en cada una de las categorías del estudio, que a saber fueron:

- Regulación
- Instituciones
- Madurez de los procesos
- Inversión y negocios
- Financiación



<https://Evaluating the environment for public-private partnerships in Latin America and the Caribbean pag.17>

Así las cosas, conforme a este análisis, debe decirse que, si bien se evidencia una mejora importante en torno a los procesos regulatorios de las APP en la región, el estudio también encontró que la transparencia y la rendición de cuentas en el desarrollo de estas alianzas, pueden llegar a generar poca eficiencia en el proceso como tal. Si bien la región ha realizado esfuerzos para promover la inversión privada en infraestructura, las facilidades financieras en apoyo de las APP siguen siendo subdesarrolladas, por lo que la región aún debe afrontar grandes retos en torno a la figura de estudio.

Para América Latina los gobiernos deben generen estrategias de desarrollo a mediano y a largo plazo, pues si bien es cierto que se observa una transformación productiva comparada con tiempo atrás aún persisten casos de ineffectividad contractual en la región debido a la indebida formulación de los instrumentos jurídicos y políticos puesto que, conforme se logró evidenciar, las APP hacen

parte de las estrategias mundiales que pretenden cambiar las políticas industriales tradicionales con el fin de transformar la economía, impactando directamente la tasa de crecimiento en países de desarrollo.

4. Las alianzas público privadas en Colombia

4.1 Antecedentes y fundamentos normativos de las APP en Colombia

Nuestro país, en pro de afrontar los cambios impuestos conforme a políticas económicas e industriales formuladas para el desarrollo sostenible de la región y del mundo, ha generado diversas políticas, sometiendo a cambios sustanciales instituciones jurídicas que por décadas han permanecido intactas por lo menos en su estructura. De igual manera, ha generado inversiones significativas, inteligentes y proactivas en lo que respecta a obras de infraestructura vial, en aras de proyectarse como un país competitivo e incluyente de la región, estas inversiones en su mayoría las ha realizado bajo la adopción de las alianzas público-privadas.

Debe decirse que la institución jurídica, en el estricto sentido de la palabra, no es una novedad por sí misma en Colombia, puesto que la relación Estado- particulares, se consolidó inicialmente bajo la figura del contrato de concesión, lo que le permitió al Estado avances importantes en infraestructura que aportaron a la conexión del país respecto al comercio internacional y, por supuesto, al desarrollo interno. Esta figura encuentra su estructura jurídica bajo el Estatuto General de contratación de la Administración Pública, que, en su artículo 32, lo define así:

“Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.” (Ley 80 de 1993).

El artículo enunciado indica, de manera taxativa, dos tipos de concesiones: la primera, se refiere a la prestación de un servicio público a través de un concesionario, donde una entidad estatal confía la prestación de este a un particular a través de la delegación, quien actúa en nombre y a riesgo propio en la operación, explotación, prestación, organización o gestión del servicio, bien sea de manera parcial o total. Una segunda modalidad faculta al Estado para que, a través del contrato de concesión, se desarrolle la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinado al servicio o uso público. A través del contrato de concesión se propusieron desarrollos importantes de infraestructura y la prestación de servicios públicos, sin que para ello debiera de mediar aportes significativos de recursos públicos.

Una de las principales características del contrato de concesión es que puede definirse como incompleto y en ese sentido lo ha caracterizado la Corte Constitucional en diferentes sentencias al indicar que:

Debido a la incapacidad que existe de prever y redactar una consecuencia contractual para todas y cada uno de las posibles variables y contingencias que pueden surgir en el desarrollo del objeto, lo que impone un límite a las cláusulas contractuales efectivamente redactadas. Por ello adquiere especial relevancia la posibilidad de renegociar y modificar los contratos con el fin, entre otros, (i) de recuperar el equilibrio económico, en los eventos en los que se materializan obstáculos no previsibles, extraordinarios y no imputables al contratista, o (ii) de adecuar la prestación del servicio a las nuevas exigencias de calidad, por ejemplo, desde el punto de vista tecnológico (Sentencia C-300/12, 2012).

En este orden de ideas se tiene que, si bien desde el marco jurídico se contaba con las herramientas para estructurar los contratos de colaboración entre el Estado y los particulares, en la ejecución de las actividades propuestas dentro del mismo (prestación de servicio o construcción) se debían generar adiciones y prórrogas fundamentadas en el desequilibrio económico del contrato, en virtud del aumento en los costos de construcción, retrasos en la terminación de las obras o deficiente mantenimiento. Por ello el instrumento jurídico de las concesiones fue teniendo variaciones en las que se buscaban corregir los errores que surgían de su aplicación.

Paralelamente a las modificaciones propias de la figura básica surgió la necesidad de adaptar la normatividad existente bajo la Ley 105 de 1993 donde, entre otras, se reglamentaron las concesiones de transporte y las obras por concesión. Básicamente esta Ley introdujo importantes modificaciones a la legislación que venía desde los años 80. Dicha ley definió específicamente los contratos de obras por concesión; con esta incursión surgen las denominadas **concesiones de primera generación** que se caracterizaron porque en ellas las entidades estatales, con el fin de atraer inversionistas, otorgaban una garantía de tránsito mínimo que servía de base para el diseño y estructura del proyecto, pero si la cifra contemplada en la garantía no alcanzaba para el desarrollo de las actividades propuestas, sería el Estado quien debía compensar la pérdida mediante la entrega de dinero. De acuerdo con su característica principal, este tipo de concesiones se tornó significativamente cuantiosa.

Para solucionar estos graves inconvenientes, se habló en Colombia de la **segunda generación** de concesiones viales, la cual era el resultado de un programa ambicioso de mejoramiento vial para el año 1997 y se fundamentó en el documento de política nacional CONPES, 2852 de 1996 “Participación privada en proyectos de infraestructura - seguimiento”.

Por medio de este documento, se realizó un análisis de las características y experiencias de las concesiones de primera generación, y se determinó la necesidad de realizar una programación de los proyectos de infraestructura que debían realizarse y de la necesidad de reforzar las fuentes de financiamiento que habían perdido su interés debido a la falta de claridad en la asignación de los riesgos. Se buscaba, por supuesto, corregir errores de la experiencia anterior y, a través de esta nueva figura, se pretendió, además, disminuir los aportes de la Nación, mediante la redistribución de riesgos.

Se utilizó, como mecanismo de participación privada, el BLT (Sigla en inglés para Build, Lease and Transfer) que comprendía la construcción, arrendamiento y transferencia de la infraestructura. La finalidad de este modelo de participación contractual, era definir claramente las condiciones del proyecto, lo que permitió que el concesionario recibiera una garantía de ingreso mínimo como contraprestación por el desarrollo de su actividad. Se dio paso, así, al criterio de “Ingreso Esperado” donde, una vez se obtuviera la contraprestación proyectada por la concesión, se devolvería la

infraestructura al Estado. Al desarrollar las concesiones de esta manera, los plazos no eran fijos sino flexibles y atendían a las expectativas del proyecto.

A pesar de los esfuerzos del Gobierno Nacional, la segunda generación de concesiones no arrojó los resultados esperados, debido a que fue imposible superar los problemas derivados de las concesiones anteriores, tales como la falta de planeación en la estructuración de los proyectos.

En el entendido de que las adaptaciones a las concesiones viales en nuestro país, se impulsaron a través de políticas de gobierno que hacían parte del plan de desarrollo del presidente de la época, se suscribió para 1999 un nuevo documento COMPES No 3046 denominado Programa de concesiones Viales 1998 – 2000: **Tercera Generación de Concesiones** que continuó con la línea de desarrollo en infraestructura vial, creó estrategias que apuntaron a proyectos de inversión denominados corredores viales, que buscaban conectar centros productivos, con puntos de consumo y se afianza el concepto de ingreso esperado, introducido en los contratos de segunda generación. Esta tercera generación, intenta distribuir mejor los riesgos, sobre todo aquellos relacionados con trámites de licencias ambientales y adquisición de predios, y se hace un esfuerzo por mejorar los diseños y estudios de las obras.

El esquema contractual propuesto, que se pretendía financiara anticipadamente la inversión con una mayor participación del sector privado, es el de concesión, que perseguía altos estándares de niveles de servicio y mantenimiento de la infraestructura por largos períodos, y que buscaba una repartición más eficiente de los riesgos. En este documento CONPES, se propone el concepto más comprensivo de “Valor Presente Neto de los Ingresos Esperados”, como variable para estimar el plazo de la concesión (Consejo Nacional de Política Económica y Social 3413, 2006). Bajo esta estructura se analizaron factores financieros, legales y técnicos, pero lo novedoso fue la incorporación de criterios ambientales y de la demanda real en torno a las necesidades del servicio y la capacidad del mismo.

Por décadas la concesión en Colombia se desarrolló como un instrumento útil para lograr los fines propios del Estado en lo que respecta al desarrollo de infraestructura; desde la concesión de primera generación hasta la fecha, donde hablamos de concesiones de cuarta generación y de las APP; se

ha tenido como objeto principal, perfeccionar la relación entre el Estado y los particulares, bajo el desarrollo de instrumentos jurídicos que permitan generar fuentes de financiamiento a través de la atracción de capital privado y dar un adecuado manejo de los riesgos que esto representa.

En este orden de ideas y trayendo a colación la exposición de motivos de la Ley 1508 de 2012, en la que se inicia su argumentación en torno a la necesidad de APP para el país y para el sector de infraestructura propiamente dicho, en dicha exposición se indica que es necesaria la implementación de esta figura bajo un marco jurídico confiable, debido a que “La evidencia internacional indica que hay una clara relación entre reglas de juego claras, inversión privada y desarrollo de infraestructura financiada con recursos distintos a aquellos provenientes del tesoro público” (Ministro de Hacienda y Director Planeación Nacional, 2011). Colombia, como otros países de Latinoamérica, presenta un déficit en desarrollo que no puede ser superado solamente con recursos públicos o a través de las figuras de concesiones que se manejaban para la época. A la luz del ajuste jurídico, desde este instrumento de inversión, se pretendió que, bajo la estrategia de una disciplina fiscal, el sector público cumpliera más un papel de facilitador del financiamiento para las obras, que de socio inversionista, cumpliendo inicialmente con el esquema de desarrollo que imponía la región en temas de infraestructura, donde hubiese ausencia de la inversión o de la erogación Estatal.

En pro de ello, se hizo necesario modificar el instrumento jurídico que hasta la fecha se había desarrollado en el país, con la finalidad reiterada de garantizar las mejoras necesarias para ser competitivos mundialmente, no solo en infraestructura sino, también, en sectores como la educación, la salud, justicia, defensa; se le dio paso a la reglamentación sólida de las alianzas público privadas, mediante el fortalecimiento de las condiciones adecuadas y los incentivos correctos a los inversionistas; puesto que, si bien los resultados alcanzados en los sectores tradicionales eran aceptables, existía la necesidad imperiosa de extender los beneficios de la participación privada a los demás sectores donde el Estado es el responsable de prestar estos servicios, de una manera eficiente y excelente a los ciudadanos.

Este marco jurídico especial, creado bajo la Ley 1508 de 2012, regula de manera general, los aspectos de las alianzas públicas privadas en Colombia y dentro de la definición contemplada en

el texto normativo, se deducen algunos aspectos sustanciales de la figura. El primero de ellos, atinente a su naturaleza, define el carácter instrumental de esta herramienta. Así, la normatividad colombiana no dota a la APP de tipicidad jurídica propia como el ordenamiento jurídico español, sino que la señala como un instrumento para la vinculación de capital que se verá materializado en un contrato entre la entidad estatal y una persona jurídica o natural de Derecho privado.

Así pues, la Ley y en el Decreto reglamentario 1467 de 2012 (compilado en el decreto 1082 de 2015), corresponden a la idea global de las APP, como instrumentos de colaboración y como esquema institucional que permita que converjan capital público y privado conformando sociedades encargadas de la ejecución de proyectos de interés público que define una forma de financiación de la infraestructura y sus servicios asociados, en la cual el privado es quien construye la obra y su retribución estará condicionada al cumplimiento de ciertas condiciones. Desde este punto de vista, es importante abordar las diferencias existentes entre las APP y los contratos de concesión, puesto que, a simple vista, pueden verse como similares, porque encontramos como, en ambos casos, el particular se convierte en una importante fuente de financiación instrumento financiero para promover el desarrollo de la infraestructura y de servicios asociados. A priori puede pensarse que la concesión, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1508 de 2012, es desarrollada como una clase de APP, identificada como iniciativa privada con capital privado, lo que llevaría a pensar que no estamos frente a una nueva figura jurídica si no frente a instrumentos jurídicos modificatorios de instituciones ya implementadas y mejoradas en nuestro ordenamiento. Con el fin de desvirtuar esta posición, doctrinantes han manifestado que: si bien tanto las APP como las concesiones implican transferencia de riesgo privado, el nivel de riesgo en general es más alto en los casos de concesión. Además, existe una gran diferencia en el modo de compensación existente entre una figura y la otra, puesto que, en algunos casos de las concepciones, el operador paga al gobierno por el hecho de operar el bien, mientras que, dentro del modelo de APP, el privado puede recibir pago del gobierno o pago de los usuarios, como directos beneficiados del servicio.

Tabla 2

Diferencias entre las concesiones y las alianzas público privadas

CARACTERÍSTICA	CONCESIÓN	ALIANZA PÚBLICO PRIVADA
Fuente de pago de la inversión	<ul style="list-style-type: none"> • Cobro a usuarios, eventualmente a través de pagos diferidos del presupuesto público. 	<ul style="list-style-type: none"> • Pagos diferidos provenientes del presupuesto público, • Eventualmente del cobro de usuarios, • Negocios conexos a la prestación del servicio público.
Elementos para la adjudicación	<ul style="list-style-type: none"> • Cobro por uso del servicio. • Ingreso esperado • Plazo 	<ul style="list-style-type: none"> • Flujo de pagos solicitados a la entidad ejecutora • Condiciones del nivel de la prestación del servicio • Mejor relación calidad precio
Plazo del contrato	Entre 20 y 30 años	Entre 20 y 30 años
Tarifas	Nivel tarifario definido en el proceso de selección y en el contrato	Normalmente no hay cobro a usuarios, de haberlo, se define en el contrato
Pago de la entidad ejecutora	Solo se da en los proyectos que no son autofinanciables vía tarifa de manera semestral o anual	La entidad ejecutora realiza el pago a partir de la puesta en servicio del activo que es predefinido en el proceso de selección: pueden ser pagos por disponibilidad o pagos por el uso
Distribución de principales riesgos	<ul style="list-style-type: none"> • Riesgo de predial: concedente • Riesgo de construcción: concesionario • Riesgo de demanda: concesionario o compartido • Riesgo de incumplimiento de niveles de servicio: no se considera 	<ul style="list-style-type: none"> • Riesgo de predial: concedente • Riesgo de construcción: el contratista. • Riesgo de demanda: el pago principal es realizado por la entidad ejecutora, sujeto al cumplimiento de estándares de servicio, • Riesgo de incumplimiento de niveles de servicio: regulado en el contrato de forma prioritaria

(Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Departamento Nacional de Planeación, pág. 26)

A pesar de que existen características diferenciadoras entre una y otra figura, el legislador se encargó de zanjar la discusión e indicó, en el artículo 2 de la Ley 1508 de 2012:

***Artículo 2°. Concesiones.** Las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas...*

En este orden de ideas, el contrato de concesión, dentro del marco jurídico colombiano, se encuentra comprendido bajo el esquema de las APP, en el cual el sector privado se compromete con el Estado a desarrollar y asumir las responsabilidades y riesgos del proyecto durante largo plazo, a cambio de un rendimiento financiero esperado, esto partiendo del sentido amplio de la figura. Otros doctrinantes, sin embargo, consideran que los efectos durante la construcción de la infraestructura bajo un modelo jurídico u otro, tienden a ser diferentes en el entendido de que, bajo la figura de la concesión, se compran cosas (inputs) y los riesgos son retenidos por el Estado, mientras que, bajo el modelo de APP, se compran servicios y resultados (outputs) y los riesgos y la gestión para evitarlos, hacen parte de las responsabilidades del sector privado. Esta última aporta a la estabilización de la economía interna, en el entendido de que el ciclo económico se alarga y el Estado solo comienza a pagar por los servicios, cuando este está en funcionamiento y no en su etapa constructiva.

Se evidencia, entonces, que hay dos elementos importantes incluidos en las diferenciaciones: la distribución del riesgo y la relación calidad- precio. Esta última es la más importante característica de las APP, en los países impulsores de esta figura. Para el caso colombiano, con el trasplante de la institución, se generaron algunas modificaciones en los cuerpos legislativos que la adoptaron, y presentan una definición restrictiva de lo que debe entenderse por APP. Para que quede claro, el artículo 1 de la Ley 1508 la define así:

Las Asociaciones Público Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializa en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de

pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio.

No obstante, a la falta de mención de la característica principal de las APP, en la definición del artículo precitado, en el desarrollo normativo de la misma, se introduce la figura del pago por disponibilidad propia del sistema en los Estados Unidos, España y México. Este esquema de pagos obedece a la cancelación de la retribución a la cual tiene derecho el contratista particular que colabora con el Estado y solo se hace en la medida en que la obra esté disponible. Así lo establece el artículo 5 de la Ley 1508 de 2012, cuando indica:

El derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución, en proyectos de asociación público privada, estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento.

De este modo, la combinación calidad-precio que se busca bajo este esquema asociativo, se fundamenta en la necesidad del gobierno de obtener grandes desarrollos sociales a pesar de las restricciones presupuestales.

Estas disposiciones pretenden establecer una serie de condiciones en la ejecución de los proyectos que permitan conciliar adecuadamente los intereses públicos y privados, de tal forma que estos se alineen en busca de una oportuna y eficiente ejecución del objeto contractual, al establecer que la retribución al contratista privado no depende de avances de obra ni de etapas contractuales, sino del cumplimiento de niveles y estándares de servicio, con clara ventaja para los ciudadanos, que son los beneficiarios de la disposición por cuanto el contratista no recibirá pagos o compensaciones hasta que la infraestructura no se encuentre disponible o en servicio. (Ucrós, 2014)

De otro lado, la figura jurídica en la normatividad colombiana, además distingue claramente cuatro tipos de APP:

- **APP de iniciativa pública con recursos públicos y privados.** Para este tipo, el concepto del proyecto es estructurado por la entidad pública con participación del sector privado. La fuente de pago del proyecto puede ser a través de aportes de recursos públicos, de la explotación económica de la APP o una combinación de éstas.
- **APP de iniciativa pública con recursos netamente privados:** La idea conceptual y propuesta, proviene del sector privado. En este caso el privado tiene la responsabilidad de realizar, por su propia cuenta y riesgo, la estructuración del proyecto sin obligación del público a reconocerle los costos asociados.
- **Iniciativa privada con recursos públicos hasta un 20%:** En este caso, la posibilidad de que el diseño conceptual sea netamente privado y para el pago de los recursos, es donde ingresa el Estado con su aporte.
- **Iniciativa privada con recursos privados:** El concepto de necesidad, diseño, implementación y ejecución corren por cuenta del privado. Finalmente, la diferencia radica en el desembolso de los recursos. (Departamento Nacional de Planeación, 2013)

Con esta distinción lo que se busca es determinar, a través del texto normativo, los procedimientos mediante los cuales los particulares pueden presentar propuestas de contratación al Estado, además de fijar los mecanismos a través de los cuales el capital privado puede vincularse con el desarrollo de la infraestructura pública.

Conforme lo anterior, el marco normativo sobre el cual se consolidan las alianzas público privadas en Colombia, tiene el claro propósito de atraer inversionistas por medio de fondos de capital privado, que impulsen proyectos de desarrollo para el país. En palabras del Departamento Nacional de Planeación (DPN) esta herramienta podrá ser utilizada para el desarrollo, tanto de infraestructura productiva, es decir, aquellas obras físicas que permiten elevar la producción y eficiencia de los sectores que componen la oferta productiva de un país y que contribuyen al crecimiento de la economía, como de infraestructura social, conformada por las obras y servicios relacionados que permiten incrementar el capital social de una comunidad y su posibilidad de acceder a mayores servicios y/o de mejor calidad.

4.2 Actualidad y desarrollo de las APP en Colombia

Desde la óptica de las alianzas público privadas en Colombia, como la estrategia de gobierno para impulsar políticas económicas que permitan que el país alcance altos niveles de desarrollo dentro de la región, el Departamento Nacional de Planeación ha sido el encargado, desde la entrada en vigencia del marco regulatorio de las APP, de documentar y analizar su implementación. En virtud de ello, el DNP ha impulsado políticas públicas y proyectos encaminados a la vinculación de la participación privada en el desarrollo de infraestructura productiva, social y económica a nivel nacional y regional, con un objetivo principal: promover la oferta de activos y de servicios por parte del sector privado en pro de lograr una mayor eficiencia en la prestación de servicios públicos.

Consecuentes con esta función, se formuló un primer documento CONPES tendiente a definir los componentes principales de la política de gobierno basada en reducir la brecha en infraestructura y lograr la consolidación de las estrategias que garanticen la satisfacción de las necesidades esenciales, promoviendo la ejecución de proyectos de gran impacto sobre el desarrollo e integración regional como el mejoramiento de la capacidad de la infraestructura vial para fortalecer la competitividad del país. Este documento formuló, en resumen, cuatro lineamientos en torno a las alianzas público privadas:

- Estructuración eficaz para la aceleración de la inversión en infraestructura
- Procesos de selección que promuevan participación con transparencia
- Gestión contractual enfocada a resultados
- Distribución de riesgos

De igual modo, se adoptaron mecanismos de políticas públicas que garanticen la utilización eficiente de los recursos públicos, mediante la incorporación de capital de inversión privado, tales como:

- Permitir que un porcentaje de los aportes de la Nación se pueda expresar en moneda extranjera, previa aprobación del CONFIS, con definición contractual del procedimiento para su pago, con

el fin de ampliar las fuentes de fondeo y financiación inicial y, en general, los mecanismos de financiación bancaria y en mercado de capitales a largo plazo.

- Permitir la cesión real de derechos de retribución de los concesionarios, con el fin de facilitar la implementación de mecanismos de financiación de largo plazo en el mercado de capitales.
- Promover instrumentos para la financiación y la refinanciación de largo plazo y mecanismos de cobertura que faciliten las posibles emisiones de títulos asociados a los proyectos 4G, con apoyo de organismos multilaterales y/o bancos de desarrollo.
- Realizar aportes a los proyectos mediante compra de predios u otros mecanismos, hacer inversiones en instrumentos de capital o instrumentos de deuda, cuando ello mejore la eficiencia del proyecto y la eficiencia en el uso de los recursos públicos.
- Definir esquemas de asignación de riesgos y condiciones de terminación y liquidación que generen mayor certidumbre en el repago de la inversión, tanto de los financiadores del proyecto (sector bancario y mercado de capitales), como de los concesionarios, en función del cumplimiento de la disponibilidad de la infraestructura, cumpliendo con unos indicadores de niveles de servicio y desempeño apropiados.
- Definir tasas de rentabilidad del capital diferenciales, acordes con las características propias de cada proyecto y los riesgos que son asumidos por el sector privado en cada caso.
- Evaluar mecanismos que permitan a la Nación fondear parcial o totalmente las subcuentas de predios de los proyectos, disminuyendo las necesidades de financiación, lo que se reflejará en una reducción de las vigencias futuras destinadas para la retribución al concesionario (Documento Conpes 3760, 2013).

La creación de estos mecanismos de políticas públicas tiende a lograr una adecuada estructuración de las APP en Colombia, puesto que brindan un marco jurídico y fiscal acorde a las necesidades de desarrollo, permite la planificación y evaluación de los proyectos que se pretenden desarrollar, buscando en todo momento garantizar la mayor eficiencia y eficacia, salvaguardando la viabilidad fiscal.

Mediante el documento CONPES 3761 de 2013, se determinaron, además, los proyectos pioneros que se desarrollarían conforme a los lineamientos dados anteriormente:

Los corredores que conforman el grupo de Proyectos Pioneros del programa Cuarta Generación de Concesiones Viales se desarrollan en los departamentos de Atlántico, Bolívar, Caldas, Cundinamarca, Tolima y Valle del Cauca; los corredores permitirán mejorar la conectividad y accesibilidad a diferentes zonas del país, como lo son el Pacífico Colombiano y la Costa del Caribe (Documento Conpes 3761, 2013).

La adopción de estos proyectos se basó en la necesidad de mejorar la capacidad de la infraestructura física como mecanismo de competitividad regional. Los corredores viales que se priorizaron corresponden a la insuficiente capacidad vial de los mismo a pesar de ser los corredores de comercio exterior más importantes para el país.

Como resultado de las políticas del gobierno anteriormente expuestas, el Departamento Nacional de Planeación, (DPN) indica que, el impacto positivo que generaran estos proyectos en cuanto a la generación de empleos adicionales y el sector de obras civiles, permitirá un crecimiento del 11.3% para el periodo 2015-2019, de los sectores antes mencionados.¹ Se le suman a esto, los fuertes impactos en los encadenamientos regionales y sectoriales de la economía, lo que se pretende dé como resultado una convergencia positiva en el desarrollo entre algunas regiones.

Por otro lado, teniendo en cuenta que la adopción de las alianzas público privadas en Colombia no solo se fundamentó en la necesidad de inversión para el desarrollo de infraestructura física, sino que, como bien se ha mencionado, se pretende alcanzar altos niveles de desarrollo en infraestructura social, en el marco del documento CONPES 3819. Cuya finalidad principal fue instaurar políticas de gobierno que, de manera articulada permitieran impulsar la competitividad del país y alcanzar la sostenibilidad esperada, buscando reducir situaciones de inequidad a nivel regional y nacional, que se presentan como resultado de la planeación incompleta y desarticulada del territorio., Generando esto dificultades en la conectividad de las ciudades, debido a la desalineación entre los esquemas de financiamiento e inversión de acuerdo con las necesidades de las ciudades. Este documento CONPES, propone impulsar el trabajo asociado entre la Nación, entes territoriales y particulares, promoviendo la implementación de este instrumento jurídico en la construcción y mantenimiento de espacios públicos y atractivos urbanos en el Sistema de

Ciudades, con el fin de alcanzar el objetivo primigenio de las APP. Además, pretende consolidar la conectividad y complementariedad del mercado laboral y de servicios en las aglomeraciones urbanas a través de la creación de los Sistemas Integrados de Transporte Regional (SITR), integrados con los sistemas de transporte urbano, promoviendo el uso del mecanismo de APP para su financiación, ambas tareas con el fin de disminuir las brechas sociales y mejorar la equidad en áreas urbanas y rurales del Sistema de Ciudades (Documento Conpes 3819, 2014).

No solo como política de gobierno, se quiso impulsar la figura de las APP, como promotoras del desarrollo social, sino que también se tuvo en cuenta el agua potable y el saneamiento básico. Es así como, mediante la expedición del Decreto 063 de 2015 “Por medio del cual se reglamentan las particularidades para la implementación de Asociaciones Público Privadas en el sector de Agua Potable y Saneamiento Básico”, se suplió la necesidad de definir criterios sólidos de eficiencia en el sector de agua potable y saneamiento básico al incluir modelos de inversión privada basados en indicadores financieros, técnicos y administrativos.

En torno a la inversión en infraestructura social que enmarca la acción de las apps como fundamental para el desarrollo esperado de las ciudades del país, se tiene que, según datos del DNP, los avances en proyectos sociales a través de app, son los siguientes:

- **Edificaciones públicas:** se encuentra en etapa de estructuración el proyecto de la construcción de las instalaciones de la Superintendencia de Notariado y Registro de Bogotá.
- **Proyectos estratégicos en el Sector social:** se encuentran en etapa de estructuración, los siguientes: Acueducto de Santa Marta, cárceles de Popayán y Barrancabermeja, colegios para jornada continua, bibliotecas y museos, hospitales públicos. (Departamento Nacional de Planeación, 2017).

Así las cosas, puede pensarse que, si bien han pasado ya casi tres años desde que el CONPES, impulsara proyectos en sectores sociales estructurados bajo la figura de las APP, aun estos se encuentran en etapa de estructuración, debido a la falta de conocimiento de los sectores sobre la posibilidad de abordar la solución a las necesidades sociales a través de esta figura, además del escepticismo en el éxito del esquema de APP en el sector social.

El último documento emitido por el CONPES respecto al tema, se relaciona con el grupo de segunda ola del Programa de Cuarta Generación de Concesiones Viales, que desarrolla corredores viales de los departamentos de Atlántico, Bolívar, Boyacá, Casanare, Cauca, Cundinamarca, Huila, Meta, Nariño, Putumayo, Santander, Sucre, y Tolima. El alcance de las obras a realizar varía en cada uno de los proyectos, de acuerdo con las necesidades y requerimientos de cada corredor vial. Se definieron actividades como construcción de segundas y dobles calzadas, mejoramiento y rehabilitación de la vía existente y construcción de variantes, túneles, viaductos e intersecciones. (Documento Conpes 3820, 2014). El propósito en general de estos nuevos proyectos de infraestructura, es mejorar la capacidad vial de las diferentes regiones del país, a través de proyectos de inversión estructurados.

En cumplimiento del artículo 25 de la Ley 1508 del 2012 y el artículo 2.2.2.1.5.3 del Decreto reglamentario 1082 del 2015, el DNP cuenta con un Registro Único de Asociaciones Público Privada (RUAPP), el cual todas las entidades estatales están obligadas a diligenciar si pretenden implementar proyectos a través de las APP, independientemente del tipo de proyecto que se trate, sea inversión pública o privada. Con base en la información allí registrada de forma trimestral, se elabora un informe que da cuenta de los proyectos radicados y del estado de los mismos. De acuerdo con este resultado, se tiene que para el segundo trimestre del año 2017, han sido incluidos un total de 626 proyectos en el Registro Único de Asociaciones Público Privadas (RUAPP), de los cuales 301 han sido rechazados o desistidos por el proponente; de igual manera puede decirse que para el segundo trimestre del 2017 se registraron 29 proyectos nuevos, lo que representa el 4,6% del total de proyectos registrados en el RUAPP, situación que evidencia la dinámica positiva en la generación de iniciativas de proyectos de infraestructura bajo el esquema de Asociación Público Privada a escala nacional y territorial. En lo que respecta a la etapa en la que se encuentran los proyectos, la cifra más relevante lleva a indicar que 70 de los 626 proyectos de APP, incluidos en el RUAPP, se encuentran en etapa de factibilidad o factibilidad en estudio, lo que da cuenta de que, si bien este instrumento jurídico permitirá impulsar grandes acciones en torno al desarrollo urbano y rural, nos encontramos aun en una etapa de acogimiento de la norma y que los entes territoriales, hasta ahora, están descubriendo la figura como coadyuvante en sus proyectos. Esto lo reitera el aparte del informe donde se indica que la ciudad con mayor número de proyectos registrados es

Bogotá, que lidera con 209 iniciativas por desarrollarse, lo que representa el 33% del total nacional, mientras que Cundinamarca es el departamento con mayor número de proyectos. Las otras regiones aparecen en un nivel más alejado. En torno al tipo de proyectos con más registros en el RUAPP figuran los sectores de Transporte² (59%), Edificaciones públicas y renovación urbana (22%), y Agua y saneamiento básico (7%). (Informe trimestral del registro único de asociaciones público privadas (ruapp), 2017)

De acuerdo con la información expuesta, puede decirse que, si bien el gobierno colombiano tiene un reto importante en torno a la planeación y estructuración adecuada del modelo jurídico de las alianzas público privadas, las políticas de gobierno formuladas y los decretos que las respaldan son un vehículo adecuado para lograrlo. Así lo demuestran los resultados de la evaluación que en torno a la implementación de la figura se han realizado por organismos de carácter internacional tales como el Banco Mundial, (The World Bank, 2015) donde indican que Colombia cuenta con un marco normativo claro y disposiciones institucionales sólidas que permiten que los proyectos tengan solidez técnica, administrativa y financiera, lo que da como resultado una aplicación eficaz de las APP que optimiza la participación del sector privado; de igual manera concluyen que, a pesar de que la economía que enmarca la institución es un tanto inestable, esto hace que el país se enfrente a mayores desafíos que deben ser abordados con anterioridad al desarrollo de un proyecto bajo la figura de las alianzas público privadas.

5. Análisis de los retos y riesgos de las alianzas público privadas como instrumentos de gestión Estatal.

5.1 La eficiencia de los particulares en el desarrollo de alianzas público privadas.

Como se ha indicado en capítulos anteriores, uno de los argumentos para que dentro de las políticas de desarrollo mundial sean incluidos los particulares como aportadores de capital, responde a la idea de la eficiencia de sus prácticas, la agilidad de producción y la igualdad en la competencia económica, distante a la conocida por los entes estatales.

Siendo así, la estructura propia del modelo jurídico de las alianzas público privadas cuenta específicamente con una forma propia de asociación basada en las iniciativas meramente privadas, denominadas también propuestas no solicitadas. Este tipo de propuestas, sin duda alguna, permiten que los entes estatales se beneficien de las ideas y conocimientos del sector privado, que generan uno de los primeros desafíos para los gobiernos, en torno a su regulación y ejecución, toda vez que este tipo de proyectos, si bien economizan tiempo y dinero en la búsqueda la solución de las necesidades y en la estructuración de los proyectos que bajo este tipo de iniciativas correspondería al privado, pueden concluir en la negociación de proyectos que no son ajustables a las necesidades propias del país o de la región, toda vez que este tipo de propuestas no forman parte de la planeación del gobierno y en algunos casos ni de los planes de desarrollo de las regiones.

De otro lado, crea un desafío en cuanto al soporte fiscal del proyecto, toda vez que, si bien dichas iniciativas no tienen por qué exigir una alta inversión pública, se genera en torno al proyecto un pasivo contingente derivado de los riesgos asumidos por los gobiernos, puesto que el hecho de que la iniciativa sea privada no significa que ésta asuma todos los riesgos de la propuesta y del contrato y es posible que, existan varios riesgos que deberán ser asumidos por la parte pública y que en el caso tal de concretarse estos riesgos, los costos derivados de ellos podrían traer al gobierno un problema fiscal difícil de afrontar. Puede decirse, entonces, que el principal punto a tener en cuenta en medio de la estructuración de este tipo de iniciativas, parte de la claridad del proceso, es decir, el costo- beneficio del proyecto debe ser evidente desde su presentación previa, pues de conformidad con el análisis realizado por el Banco Mundial en lo que respecta al tema, si no se

cuenta con una estandarización de los procesos que permita visualizar claramente esta variable, los costos de transacción pueden ser más altos que en el caso del desarrollo público de proyectos.

Otro riesgo que puede desprenderse de este tipo de iniciativas, es la falta de competidores dentro del proceso de adjudicación para la realización del proyecto, toda vez que, debido a la modalidad, existe una interacción directa y negociada con el creador de la iniciativa lo que, sin lugar a dudas, enmarca el proceso en una ausencia de licitación competitiva y transparente cuyo resultado es un valor débil del dinero debido a la falta de presión competitiva. Para afrontar este reto, las políticas de gobierno deben estructurarse en torno a las diferentes opciones que plantea el Banco Mundial en su informe *Unsolicited Proposals – An Exception to Public Initiation of Infrastructure PPPs; An Analysis of Global Trends and Lessons Learned* (World Bank Group, 2014). Estas opciones son:

- **Acceso a la mejor oferta final:** se basa en seguir un proceso de licitación de dos etapas: en la primera se invita a los licitantes mejor calificados, a enviar sus propuestas finales a una segunda etapa. Los proponentes que lo hagan, son automáticamente incluidos en la segunda etapa.
- **Pago del desarrollador:** El Gobierno o el licitante ganador, paga al proponente una compensación que puede ser simplemente un reembolso por algunos costos de desarrollo del proyecto, o un pago que será definido para proporcionar un retorno por el desarrollo del concepto y la propuesta.
- **Bono de oferta:** El proponente recibe una ventaja en la puntuación, normalmente definida como un porcentaje adicional agregado a su puntuación de evaluación, en un proceso de licitación pública.

En el caso colombiano, la iniciativa privada se encuentra regulada según estas recomendaciones. Sin embargo, no es posible garantizar su efectividad, en especial por los ya mencionados riesgos que asume la entidad; así las cosas, tal como se ha manifestado a lo largo del desarrollo del tema, es evidente que el buen funcionamiento de las iniciativas privadas recae en la buena estructuración del ente público para su concreción; ya que no es la eficiencia de los particulares la que se deja en tela de juicio con la estructuración de este tipo de proyectos, sino la eficiencia del sector público

en ser capaz de identificar la viabilidad de este tipo de proyectos y los riesgos que podría llegar a generar.

Un reto además importante dentro de la estructuración de las APP, es mantener el equilibrio entre la autonomía del sector público y las necesidades de inversión que se requieren del privado. Las políticas de gobierno en torno a la materia deben fundarse en garantizar que las entidades territoriales planeen, programen y controlen las actividades tendientes a alcanzar el desarrollo y los fines del estado mediante este modelo asociativo, lo que no significa que sea una buena opción que cualquier ente de la Administración Pública, sea nacional o territorial, tenga la capacidad de iniciar un proyecto de APP, debido a que la estructuración de este tipo de proyectos requiere un alto grado de especialización en la materia a la que corresponda el proyecto, ya sea infraestructura física o social. Para ello se recomienda, dentro de la adopción de la figura jurídica, contar con una agencia especializada que deberá asesorar los entes territoriales, manteniendo la asimetría entre la relación público-privada.

5.2 Los riesgos en torno a las alianzas público privadas

En principio, es importante establecer que no se trata de analizar los riesgos bajo el contenido y la estructuración de una APP, en torno a quién debe asumirlos, sino que se busca identificar cuáles son los riesgos que una figura, evidentemente ventajosa para el desarrollo sostenible y para la economía, puede traer para la estabilidad institucional o jurídica del Estado que la adopta. Así las cosas, debe pensarse, como pasa en los tradicionales procesos de contratación, en la corrupción que puede desprenderse de esta figura, puesto que es evidente que un acuerdo para la prestación de servicios que cuente con una sólida estructuración tiene una duración respaldada por el gobierno entre unos 25 y 30 años, puede llevar a que los sobornos a funcionarios del Estado puedan aumentar, generando un nexo corrupto de privatización en menoscabo de la nación.

Desde el punto de vista de la estructuración del proyecto, puede presentarse que las garantías estatales sean excesivas en beneficio del particular, lo que conlleva a viciar los procesos de selección de los proyectos y a generar cargas fiscales insostenibles a los gobiernos que le prosigan a la adjudicación del contrato. Se recomienda que las garantías gubernamentales tiendan a ser las

mínimas luego de un análisis exhaustivo de los riesgos, teniendo especial cuidado en la no incorporación de subsidios y en la publicidad y contabilización transparente que se le da a la garantía, ya que aumentan el pasivo contingente del gobierno, transfiriendo costos y riesgos al futuro. Por último, las garantías que se generen por el tipo de cambio de moneda, deben ser limitadas, pues al ceder demasiado a estas presiones, los gobiernos podrían reducir el margen de maniobra de la política monetaria y cambiaria.

Un riesgo derivado de actos de corrupción o de la inadecuada tecnicidad en lo que respecta al modelo jurídico de las APP, es la indebida adjudicación de los proyectos por incumplimiento del principio contractuales marco. Los parámetros erróneos en la licitación generarán, entre otras consecuencias, que el privado pueda apropiarse de los excedentes del consumidor y que el gobierno, al momento de la ejecución, se vea obligado a renegociar el contrato, lo que a su vez, le generaría ceder en garantías adicionales; de allí se desprende otro riesgo importante y es la renegociación de los contratos de APP, toda vez que las mismas violan el principio de planeación y de igualdad en la contratación, por ende solo podrán ser modificadas las cláusulas que no estén relacionadas con el objeto del contrato, tales como precio, forma de pago y condiciones técnicas.

Las alianzas público privadas pueden contribuir al desarrollo sostenible, así como a la recuperación económica de los países, pero un inadecuado manejo de esta gestión puede generar un déficit fiscal significativo y difícil de subsanar.

Conclusiones

Las transformaciones jurídicas derivadas de la globalización conllevan a una modificación del Estado tradicional, creando la necesidad de generar políticas y programas de gobierno, en su mayoría impulsados por el orden jurídico de los países, generadores de intervenciones supranacionales, tendientes a enfrentar los problemas económicos, ambientales, tecnológicos o de seguridad de las naciones, enfocados en la orientación de las políticas venideras que permiten el desarrollo o el mejoramiento de las condiciones de los servicios públicos cuyo prestador es el Estado.

Las políticas de gobierno, creadas a partir de la necesidad de alcanzar niveles de desarrollo requeridos conforme a los estándares mundiales, se enfocan en la adopción de ciertas instituciones jurídicas provenientes de otros ordenamientos jurídicos, tal como es el caso de la figura jurídica de las alianzas público privadas, APP. Cuyo propósito principal se enmarca en la transferencia que realiza un ente estatal de la obligación de cumplir sus propias finalidades, a un particular, para actuar mancomunadamente en pro del interés general, en un modelo contractual en el que se presenta el reparto de actividades, deberes, gestiones y riesgos.

Dentro del análisis de las alianzas público privadas como impulsadoras del desarrollo, puede decirse que estas ofrecen, de conformidad con su estructura, una vía clara y precisa para fomentar la inversión y lograr así suplir necesidades básicas de los ciudadanos. Sin embargo, el régimen jurídico que las regula en cada país es fundamental para garantizar el cumplimiento del objetivo principal de la implementación de la figura en los distintos ordenamientos jurídicos, toda vez que, de la estructuración propia de la figura, depende su éxito. Es decir, debe consolidarse de acuerdo con la finalidad propia de aumentar la eficiencia, lo que se logra partiendo de las necesidades correctas que se pretenden solventar, de lo contrario, se constituiría la alianza entre particulares y Estado en un traslado del gasto fuera del presupuesto y la deuda fuera del balance, lo que repercutiría en el balance fiscal a largo plazo.

Si bien la figura se considera una impulsadora de progreso, por sí sola no representa ningún beneficio para alcanzar el tan anhelado desarrollo sostenible. Deben ser los gobiernos quienes fijen las metas distributivas, asegurándose de que existan recursos, proyectos y políticas capaces de generar un gran resultado en torno al avance. Vale decir, entonces, que el éxito de la figura jurídica de las alianzas público privadas, estructuradas correctamente, representan un medio idóneo para llevar a feliz término acciones de relevancia social o económica.

La transferencia de los riesgos constituye uno de los principales retos para los países, dentro del desarrollo de proyectos de alianzas público privadas. Por lo tanto, es fundamental establecer el análisis de sus transferencias de acuerdo con los lineamientos que fije cada gobierno, quienes, no solo podrán tratar de identificar y seleccionar claramente las oportunidades de suscribir APP para el sector de infraestructura y de servicios, sino que deben garantizar una adecuada transferencia del riesgo al sector privado, donde se logre consolidar la relación calidad-precio, fundamento de este tipo de relaciones contractuales. Una vez definida la metodología, es menester asegurarse de que cada riesgo sea asumido por quien tendrá mejor capacidad de administrarlo.

Bibliografía

Asamblea Nacional Constituyente. (6 de Julio de 1991). Constitución Política de Colombia.

Banco Interamericano de Desarrollo. (s.f.). Obtenido de

https://d37djuv3ytnwxt.cloudfront.net/assets/courseware/v1/d03bf64ff5cfce69758bbaa84744823a/asset-v1:IDBx+IDB8x+2T2017+type@asset+block/MODULO1_U1_FINAL_CORREGIDA_AJUSTE_NOMBRE.pdf

Banco Interamericano de Desarrollo. (2015). *ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS: IMPLEMENTANDO SOLUCIONES EN LATINOAMÉRICA Y EL CARIBE*. Obtenido de

https://d37djuv3ytnwxt.cloudfront.net/assets/courseware/v1/d03bf64ff5cfce69758bbaa84744823a/asset-v1:IDBx+IDB8x+2T2017+type@asset+block/MODULO1_U1_FINAL_CORREGIDA_AJUSTE_NOMBRE.pdf

Beck, U. (1999). ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Buenos Aires: Paidós.

Benavides, J. L. (2014). *Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

center, public-private-partnership in infrastructure resource. (1 de 02 de 2017). *Word bank group*. Obtenido de <http://ppp.worldbank.org/ppp/es/asociaciones-publico-privadas/sector>

Cifuentes, S. B., & Ibagón, M. I. (2016). *Introducción a las Alianzas público-privadas en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

colombiacompra.gov.co. (s.f.). Recuperado el 19 de 07 de 2017, de

<https://www.colombiacompra.gov.co/colombia-compra/colombia-compra-eficiente>

Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2002). financiación para el desarrollo sostenible.

En CEPAL (Ed.), *División de Medio Ambiente y asentamientos humano CEPAL*, (pág. 15). MÉXICO. Obtenido de <https://www.cepal.org/prensa/noticias/noticias/8/9648/1FinanciamientoApoyoDocMonterrey.pdf>

Comité de Gobierno Público. (24 de 07 de 2017). *Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos*. Obtenido de

<http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=320&InstrumentPID=348&Lang=en&Book=False>

- Consejo Nacional de Política Económica y Social 3413. (2006). *Programa para el Desarrollo de Concesiones de Autopistas 2006-2014*. Bogotá: Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Obtenido de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3413.pdf>
- Consejo Nacional de Política Económica y Social República de Colombia. (2013). *Documento Conpes 3760*. Bogotá. Obtenido de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3760.pdf>
- Consejo Nacional de Política Económica y Social República de Colombia Departamento Nacional de Planeación. (2013). *Documento Conpes 3761*. Bogotá. Obtenido de https://www.ani.gov.co/sites/default/files/conpes_3761.pdf
- Consejo Nacional De Política Económica Y Social República De Colombia Departamento Nacional De Planeación. (2014). *Documento Conpes 3819*. Bogotá. Obtenido de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3819.pdf>
- Consejo Nacional De Política Económica Y Social República De Colombia Departamento Nacional De Planeación. (2014). *Documento Conpes 3820*. Bogotá. Obtenido de https://www.ani.gov.co/sites/default/files/conpes_3820.pdf
- Decreto No 150 DE 1976. (s.f.). *Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas*.
- Departamento Nacional de Planeación. (2013). *Abecé asociaciones público privadas*. Recuperado el 11 de 11 de 2016, de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participaci%C3%B3n%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/HA01%20ABC%20APP%202016.pdf>
- Departamento Nacional de Planeación. (24 de 09 de 2017). *Departamento Nacional de Planeación DNP*. Obtenido de <https://www.dnp.gov.co/programas/participaci%C3%B3n-privada-%20y-en-proyectos-de-infraestructura/Paginas/participaci%C3%B3n-privada-y-en-proyectos-de-infraestructura.aspx>
- Departamento Nacional de Planeación. (2017). *Informe trimestral del registro único de asociaciones público privadas (ruapp)*. Boletín No 14, Bogotá. Obtenido de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participaci%C3%B3n%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Informe%20T%202017.pdf>
- Durán, S. (2006). *LOS ESTADOS NACIÓN EN UN SISTEMA GLOBALIZADO*. Argentina: Centro de estudios para el desarrollo exportador.
- Economist Intelligence Unit. (2009). *Partnerships for progress? Evaluating the environment for public-private partnerships in Latin America and the Caribbean*. Commissioned by MIF.
- Exposición de Motivos Ley 80 de 1993. (s.f.).

- GARCÍA, J. V. (2006). Administración Pública. *Centro de estudios politicos*, 37. Obtenido de file:///C:/Users/Asus/Downloads/47980-138596-1-PB.pdf
- Harper, L. (24 de 05 de 2017). Tendencias para las contrataciones públicas en América Latina y el Caribe. Obtenido de <https://blogs.iadb.org/recaudandobienestar/2017/05/24/tendencias-para-las-contrataciones-publicas/>
- Hernandez, J. I. (2012). EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DESDE LA BUENA GOBERNANZA Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL. SU IMPACTO EN LOS SISTEMAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *AFDUC*, 197-223. Recuperado el 30 de 03 de 2017, de http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/12007/AD_16_2012_art_10.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Jean-Bernard, A. (2001). Globalización y descentralización. *Administración Pública*(156), 7 y ss.
- Kerali, H. (s.f.). *Public Sector Comparator for Highway PPP Projects*. Obtenido de [worldbank.org: http://siteresources.worldbank.org/INTTRANSPORT/Resources/336291-1122908670104/1504838-1151587673078/PSCforHighwayPPPProjects-v2.pdf](http://siteresources.worldbank.org/INTTRANSPORT/Resources/336291-1122908670104/1504838-1151587673078/PSCforHighwayPPPProjects-v2.pdf)
- (s.f.). *Ley 489 de 1998*.
- Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993).
- Medina, M. A. (2007). LA RESPUESTA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A LAS TRANSFORMACIONES RECIENTES DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO. *Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, 5, 20. Recuperado el 31 de 03 de 2017, de <http://www.uax.es/publicacion/la-respuesta-del-derecho-administrativo-a-las-transformaciones-recientes.pdf>
- Ministerio de Hacienda y Credito Público y Departamento Nacional de Planeación. (s.f.). Guía de buenas prácticas para la ejecución dep royectos de Asociaciones Público-Privadas.
- Ministro de Hacienda y Director Planeación Nacional. (2 de 11 de 2011). Proyecto De Ley 160 De 2011 Senado. *por la cual se establece el régimen jurídico de las asociaciones público privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones*. Bogotá, Colombia . Obtenido de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=160&p_consec=30787#_ftnref2
- Naciones Unidas CEPAL. (2017). *Agenda 2030 y los objetivos de desarrollo sostenible, una oportunidad para America Latina y el Caribe*. Santiago: Publicación de las Naciones Unidas. Obtenido de http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/S1700334_es.pdf?sequence=10&isAllowed=y
- Observatorio de Multinacionales en América Latina. (27 de 03 de 2017). *omal.info*. Obtenido de <http://omal.info/spip.php?article4820>

- OCDE. (2014). *Combatiendo la Colusión en los procesos de contratación pública en Colombia*. Obtenido de https://www.oecd.org/daf/competition/2014_Fighting%20Bid%20Rigging%20Colombia_SPA.pdf
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (07 de 2011). *La inversión en infraestructura para la creación de empleo y desarrollo*. Obtenido de www.oecd.org/daf/investment/lac
- Patricio Rozas, R. S. (2004). *Desarrollo de infraestructura y crecimiento económico: revisión conceptual*. Santiago de Chile. Obtenido de http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6441/S048642_es.pdf?sequence=1&isAllo wed=y
- Pinzón, M. M., & Bohórquez, J. G. (30 de Abril de 2008). COLONIALISMO CULTURAL FRANCÉS Y LA CREACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO. (115), 161-178. Obtenido de file:///C:/Users/lescobar/Downloads/14580-51856-1-SM.pdf
- Proyecto de Ley 160 de 2011, Senado de la Republica. (2 de 11 de 2011). (S. General, Editor, & E. O. Dajud, Productor) Recuperado el 9 de 11 de 2016, de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=160&p_consec=30787
- Santos, L. F. (2006). *Ventajas y Desafíos de las Asociaciones Público Privadas de integración*. CEPAL.
- Sentencia 2000-00341 (CONSEJO DE ESTADO 08 de 04 de 2014).
- Sentencia C-300/12, Expediente D-8699 (Corte Constitucional 25 de Abril de 2012). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2016%20comunicado%2025%20y%2026%20de%20abril%20de%202012.php>
- Suarez, D. (2010). *Huida o vigencia del Derecho Administrativo: el caso de los servicios públicos domiciliarios* *Transformaciones-tendencias del Derecho Administrativo*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez Ltda.
- Teubner, G. (2004). Global private Regimes: Neo-Spontaneous Law and Dual Constitution of autonomous Sectors. *Public governance in the age of Globalization*, 71-87.
- The World Bank. (2015). *Benchmarking Public-Private Partnerships Procurement 2015, A pilot in 10 economies*. Washington DC. Obtenido de https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/BenchmarkingPPPProcurement_June2015Final.pdf
- Ucrós, M. M. (2014). *Asociaciones Público Privadas. Comentarios Especiales A La Ley 1508 De 2012 De La Republica de Colombia*. EDITORIAL UNIVERSIDAD DEL ROSARIO.

Vilas, C. (07 de 2000). Director Nacional de Capacitación no Instituto Nacional de la Administración Pública da República Argentina. *REVISTA DE SOCIOLOGIA E POLÍTICA* , 29-49. Recuperado el 27 de 03 de 2017, de <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n14/a02n14.pdf>

World Bank Group. (2014). *Unsolicited Proposals – An Exception to Public Initiation of Infrastructure PPPs An Analysis of Global Trends and Lessons Learned*. Washington, DC. Obtenido de http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/PPIAF_UnsolicitedProposals_EN.pdf

Zuleta, M. M. (22 de 04 de 2016). En contratación se deben tener en cuenta incentivos de contratista e interventor. (L. F. Monroy, Entrevistador)